

**Die Rechtswirksamkeit
der Tarifausschlußklausel**

Christian Zeiler

1964

**Die Rechtswirksamkeit
der Tarifausschlußklausel**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von
Christian Zeiler

München 1964

Referent:

Prof.Dr.Dr.h.c.R.DIETZ

Korreferent:

Priv.Doiz.Dr.H.WIEDEMANN

Tag der mündlichen Prüfung: 27.2.1964



MEINEN ELTERN

INHALTSVERZEICHNIS

I

Literaturverzeichnis	IV
Abkürzungsverzeichnis	XI
§ 1. Geschichtliche und soziologische Grundlagen, Begriff und Rechtsnatur der Tarifausschlußklausel	1
I. Geschichtliche und soziologische Grundlagen	1
II. Die denkbaren Formen der Tarifausschlußklausel	4
III. Die Rechtsnatur der Tarifausschlußklausel	6
§ 2. Tarifausschlußklausel und ultra-vires-Theorie	9
§ 3. Tarifausschlußklausel und Koalitionsfreiheit	11
A. Positive und negative Koalitionsfreiheit; allgemeine und beschränkte Tarifausschlußklausel	11
B. Die gesetzlichen Grundlagen der Koalitionsfreiheit	12
I. Das Grundgesetz (Art. 9 Abs. 3, Art. 2 Abs. 1)	12
1. Die positive Koalitionsfreiheit	12
a. Inhalt und Umfang	13
das Recht, sich überhaupt zu koalieren -	
das Recht der freien Wahl unter den	
Koalitionen - das Betätigungsrecht	
b. Das Betätigungsrecht in seinem Verhältnis	14
zum bloßen Recht, sich zu koalieren	
2. Die negative Koalitionsfreiheit	14
a. Art. 2 Abs. 1 GG als Grundlage	14
b. Art. 9 Abs. 3 GG als Grundlage	14
Beweis des Schutzes aus der Entstehungs-	
geschichte und aus der systematischen	
Auslegung	
3. Die Drittwirkung des Art. 9 Abs. 3 GG	19
4. Die Tendenz, die Koalitionsfreiheit zu be-	21
hindern (Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG)	

C. Verstößt die Tarifausschlußklausel gegen die
Koalitionsfreiheit?

I. Allgemeine Voruntersuchung 23

1. Die dem Tarifvertrag entsprechende unter-
schiedliche Behandlung 23

2. Die Tarifausschlußklausel im Lichte der
Koalitionsfreiheit 24

II. Die verschiedenen Arten der Tarifausschluß-
klausel im einzelnen

1. Die Abstandsklausel und ähnliche Formen 27

2. Die Bezugnahme-Klausel 28

3. Die AVE-Klausel 30

§ 4. Tarifausschlußklausel und Recht der freien Arbeits-
platzwahl (Art. 12 Abs. 1 GG) 32

I. Die Drittwirkung des Art. 12 Abs. 1 GG 32

II. Allgemeine Ausführungen zur Vereinbarkeit der
Tarifausschlußklausel mit Art. 12 Abs. 1 GG bei
Unterstellung der Drittwirkung 33

1. Die zulässige Form der Entscheidungsbeeinflussung 33

2. Die Verpflichtung zur unterschiedlichen Behandlung 35

III. Die einzelnen Formen der Tarifausschlußklausel 36

§ 5. Tarifausschlußklausel und Freiheit der Meinungsäußerung
(Art. 5 Abs. 1 GG) 37

I. Die Drittwirkung des Art. 5 Abs. 1 37

II. Die Vereinbarkeit der Tarifausschlußklausel mit
Art. 5 Abs. 1 GG bei Unterstellung der Drittwirkung 38

§ 6. Tarifausschlußklausel und Gleichbehandlung 41

I. Erstreben die verschiedenen Formen der Tarifaus-
schlußklausel eine Ungleichbehandlung? 41

II. Die Tarifausschlußklausel im Lichte 42

1. des Gleichheitssatzes (Art. 3 GG) - das Problem der Drittwirkung -,	42
2. des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes	43
a. Der Geltungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes	43
b. Gleichbehandlungsgrundsatz und Vertragsfreiheit	44
c. und d. Die einzelnen Formen der Tarifausschlußklausel	46
§ 7. Zusammenfassung	48

- Bachof Freiheit des Berufs
in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte,
Bd. III 1, Berlin 1958, S. 155 ff.
- Baum Organisationszwang und Tarifvertrag, NZfA 1922, S. 23 ff.
- Beitzke Gleichheit von Mann und Frau
in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte,
Bd. 2, Berlin 1954, S. 199 ff.
- Biensfeldt Die Organisationskläusel, Koalitionsfreiheit und Tarif-
vertrag, RABL 1921, n.a.T.S. 763 f.
- Die Organisationskläusel, NZfA 1923, S. 533 ff.
- Bischoff Das Recht freier Vereinigung im Arbeitsleben,
MuA 1950, S. 124 ff.
- Bobrowski-Gaul Das Arbeitsrecht im Betrieb (Von der Einstellung bis zur
Entlassung), Heidelberg 1959
- Bötticher Besprechung von Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeits-
rechts, BB 1956, S. 967
- Waffengleichheit und Gleichbehandlung der Arbeitnehmer
im kollektiven Arbeitsrecht (Vortrag vor der Juristischen
Studiengesellschaft in Karlsruhe am 3.2.1956), Karlsruhe 1956
- Bogs in: AR-Blattei, Vereinigungsfreiheit, I Übersicht
- Diekhoff Tarifausschlußkläusel und Koalitionsfreiheit,
DB 1959, S. 1141 f.
- Tarifrecht und Solidaritätsbeitrag, DB 1961, S. 167 f.
- Dietz Betriebsverfassungsgesetz,
3. Auflage, München und Berlin 1960
- Personalvertretungsgesetz,
München und Berlin 1956
- Die Koalitionsfreiheit,
in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte,
III 1, Berlin 1958, S. 417 ff.
- Referat auf der öffentl. Tagung der Gesellschaft für
sozialen Fortschritt (Bonn, 25.3.1957) -
Thema der Tagung: Freiheit und Bindung im kollektiven

Arbeitsrecht - in: Schriften der Gesellschaft für Sozialen V
Fortschritt e.V., Bd. 6, S. 13 ff.

- Rechtsgutachtliche Äußerung zu der Frage, ob Art. 3 Absätze 2 und 3 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland der Berücksichtigung einer geringeren Wertigkeit von Frauenarbeit gegenüber der Männerarbeit sowie einer typisch geringeren sozialen Belastung der Frau gegenüber dem Mann bei der Aufstellung einer Norm für den Lohn entgegensteht
in: Schriftenreihe der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Heft 16, Köln 1957
- Dürig Grundrechte und Zivilrechtsprechung
in: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München 1956, S. 157 ff.
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts,
1. Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1959
- Erdmann Betriebsverfassungsgesetz,
2. Auflage, Neuwied 1954
- Feldmann-Geisel Deutsches Verfassungsrecht des Bundes und der Länder,
Stuttgart 1954
- Feuerherdt Die verfassungsmäßige Garantie der negativen Koalitionsfreiheit durch das Grundgesetz,
Diss. Köln 1958
- Flatow Koalition und Koalitionsfreiheit, NZ 1921,
S. 567 ff. und 595 ff.
- Födisch Der Organisationszwang durch die Sozialgewalten im Lichte des Bonner Grundgesetzes, Diss. Köln 1954
- Freiheit und Zwang im geltenden Koalitionsrecht,
RdA 1955, S. 88 f.
- Frey Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht.
München-Düsseldorf 1954
- Allgemeine Regeln bei der Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht,
AuR 1960, S. 168 ff.
- Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht bei geldlichen Ansprüchen, Köln 1963

VI

- Gätcke Das Vereinigungsrecht,
in: Abhandlungen und Mitteilungen aus dem Seminar
für öffentliches Recht und Sozialrecht, Heft 10, Hamburg
- Galperin-Siebert Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz,
4. Auflage, Heidelberg 1963
- Giëse-Schunck Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland,
6. Auflage, Frankfurt 1962
- Görner Probleme der Gleichbehandlung bei der Entlohnung,
RdA 1962, S. 218 ff.
- Grabendorff-Windscheid
Personalvertretungsgesetz, 2. Auflage,
Stuttgart und Köln 1960
- Groh Koalitionsrecht,
in: Abhandlungen zum Arbeitsrecht, Heft 3,
Mannheim, Berlin und Leipzig 1923
- Gumpert Die praktische Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleich-
behandlungsgrundsatzes, BB 1959, S. 707 ff.
- .. Tarifaußenseiter und Tarifausschlußklausel,
BB 1960, S. 100 ff.
- Hamann Das Grundgesetz, 2. Aufl., Neuwied und Berlin 1961
- Hannes Koalitionsfreiheit und Koalitionszwang (Ein Beitrag zum
Problem der sogenannten negativen Koalitionsfreiheit),
Diss. Münster 1954
- Heiseke Negative Koalitionsfreiheit und tarifliche Schutzklauseln,
RdA 1960, S. 299 ff.
- Hellwig Meinungsfreiheit, Zensur
in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung,
herausgeg. von H.C. Nipperdey, Bd. 2, Berlin 1930, S. 1 ff.
- Hessel Die rechtliche Zulässigkeit von Tarifausschlußklauseln,
DB 60, S. 208 f.
- Heußner Die Sicherung der Koalition durch sogenannte Solidaritäts-
beiträge der Nichtorganisierten, RdA 1960, S. 295 ff.
- Huber Wirtschaftsverwaltungsrecht,
Bd. 2, 2. Auflage, Tübingen 1954

- Hubmann Das Persönlichkeitsrecht, Münster und Köln 1953
- Hueck (Alfred) Das Recht des Tarifvertrages, Berlin 1920
- Die Bedeutung des Art. 3 des Bonner Grundgesetzes für die Lohn- und Arbeitsbedingungen der Frauen, in: Schriftenreihe der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Heft 2, Köln 1951
- Die Frage der tarifrechtlichen Zulässigkeit von Solidaritätsbeiträgen nach geltendem deutschen Recht RdA 1961, S. 141 ff.
- Hueck-Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 7. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1963
Bd. 2, 6. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1957
- Hueck-Nipperdey Grundriß des Arbeitsrechts, 2. Auflage, Berlin und Frankfurt 1962
- Hueck-Nipperdey-Tophoven Tarifvertragsgesetz, 3. Auflage, München und Berlin 1955
- Hueck (Götz) Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, München und Berlin 1958
- Ipsen Gleichheit
in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 2, Berlin 1954, S. 111 ff.
- Jacobi Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927
- Kaskel-Dersch Arbeitsrecht, 5. Auflage, Berlin, Göttingen und Heidelberg 1957
- Kastner Probleme des Koalitionsrechtes, AuR 1953, S. 161 ff.
- Kettner Nochmals - der Zwangsbeitrag der Nichtorganisierten, AG 1961, S. 104 ff.
- Klein Rechtsgutachten über verfassungsrechtliche Fragen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 2. März 1955, betreffend Lohnleichheit von Mann und Frau, Düsseldorf 1955
- Krüger Die negative Koalitionsfreiheit, BB 1956, S. 969 ff.
- Kurlbaum Die Organisationsklausel, in: Kaskel, Koalitionen und Koalitionskampfmittel, Berlin 1925, S. 78 ff.

VIII

- Lehna Zur Frage der Rechtsgültigkeit tariflicher Außenseiterklauseln, DB 1959, S. 916 ff.
- Die Unzulässigkeit tariflicher Ausschlussklauseln, AG 1960, S. 285 ff.
- Küpper Tarifausschlussklauseln, ja oder nein?,
Quelle 1959, S. 487 ff.
- v. Mangoldt Das Bonner Grundgesetz,
Berlin und Frankfurt a.M. 1953
- v. Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz,
2. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1957
- Maunz Staatsrecht, 13. Aufl., München und Berlin 1964
- Maunz-Dürig Grundgesetz, Bd. 1, München und Berlin 1964
- Maus Tarifvertragsgesetz, Göttingen 1956
- Meissinger Tarifvertrag und Organisationszwang, AG 1922, S. 92 f.
- Merker Kein Tariflohn für Außenseiter?, DB 1960, S. 263 ff.
- Einführung eines Solidaritätsbeitrages für Außenseiter?,
DB 1960, S. 1127 ff.
- Molitor in: AR-Blattei, Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis,
I Übersicht
- Sonderzuwendungen, RdA 1952, S. 124 ff.
- Müller Auswirkungen von Lohnwellen auf das Arbeitsverhältnis,
DB 1960, S. 322 ff.
- Nawiasky-Lechner Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember
1946, Ergänzungsband zu dem Handkommentar 1948 von
Nawiasky-Leusser, München 1953
- Neumann Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung, Berlin 1932
- Nikisch Arbeitsrecht,
Bd. 1, 2. Auflage, Tübingen 1955
Bd. 2, 2. Auflage, Tübingen 1959
- Das Recht auf Gleichbehandlung, BB 1954, S. 809 ff.
- Nipperdey Koalitionsrecht
in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung,
herausgeg. von H.C.Nipperdey, Bd.3, Berlin 1930, S.385 ff.

Nipperdey	Die Würde des Menschen in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 2, Berlin 1954, S. 1 ff.	IX
-	Gleicher Lohn der Frau bei gleicher Leistung, RdA 1950, S. 121 ff.	
Nolting-Hauff	Koalitionsfreiheit und Organisationsklausel, NZfA 1928, S. 462 ff.	
Oertmann	Deutsches Arbeitsvertragsrecht, Berlin 1923	
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 22. Auflage, München und Berlin 1963	
Pathe	Zwangsmitgliedschaft und Grundgesetz, DVBI 1950, S. 663 ff.	
Potthoff	Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht, in: Schriften des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig, Leipzig und Erlangen, 1925	
Raiser	Besprechung von G. Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, SJZ 1959, S. 421 f.	
Reuss	Gleicher Lohn für gleiche Arbeit?, AuR 1960, S. 33 ff.	
Richter	Vereinigungsfreiheit, VA Bd. 32, S. 1 ff.	
-	Anm. zu einem Urteil des Reichsarbeitsgerichts (24.4.1929), JW 1929, S. 2779	
Ridder	Meinungsfreiheit in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 2, Berlin 1954, S. 243 ff.	
Ritscher	Koalitionen und Koalitionsrecht in Deutschland bis zur Reichsgewerbeordnung, Münchener Volkswirtschaftliche Studien, Nr. 140, Stuttgart und Berlin 1917	
Rohlfing	Die Koalitionszwangsmittel, in: Kaskel, Koalitionen und Koalitionskampfmittel, Berlin 1925, S. 92 ff.	
Schmidt-Rimpler	Zum Problem der Geschäftsgrundlage, in: Festschrift für H.C. Nipperdey, München und Berlin 1955, S. 1 ff.	

X

- Schneider Die Bedeutung der Organisationsklausel in der Praxis,
in: Kaskel, Koalitionen und Koalitionskampfmittel,
Berlin 1925, S. 87 ff.
- Schwaabe Die Zulässigkeit von Solidaritätsbeiträgen im Arbeitsrecht,
Diss. München 1962
- Sinzheimer Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Auflage, Jena 1927
- Die Absperrungsklausel in Tarifverträgen und ihre Wirkung
auf abgesperrte Außenseiter, JW 1921, S. 304 ff.
- v. Sivers Koalitionsfreiheit oder Koalitionszwang?,
MuA 1959, S. 9 f.
- Steinmann Das Koalitionsrecht im Deutschen Reich,
in: Staatsbürger-Bibliothek, Bd. 148/149,
M. Gladbach 1926
- Süsterhenn-Schäfer Kommentar der Verfassung für Rheinland-Pfalz,
Koblenz 1951
- Trilhaase Der Organisationszwang der Arbeiter, Diss. Münster 1925
- Weyerbrock Die negative Koalitionsfreiheit nach Art. 159 RV,
Diss. Köln 1929

Bücher und längere Abhandlungen werden der Kürze halber nur mit dem Namen des Autors und der Seitenzahl zitiert, es sei denn, daß derselbe Autor mit mehr als einem solchen Werk in diesem Literaturverzeichnis erscheint.

AG	Der Arbeitgeber
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
AR-Blattei	Arbeitsrechts-Blattei
AuR	Arbeit und Recht
AVE	Allgemeinverbindlicherklärung
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayAMinAmtsblatt	Amtsblatt des Bayerischen Ministeriums für Arbeit und soziale Fürsorge
BB	Der Betriebsberater
BdA	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DB	Der Betrieb
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LZ	Leipziger Zeitschrift
MuA	Mensch und Arbeit
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NZ	Die Neue Zeit
NZfA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OLG	Oberlandesgericht
PersVG	Personalvertretungsgesetz
Quelle	Die Quelle (Funktionärsorgan des DGB)
RABl, a.T.	Reichsarbeitsblatt, amtlicher Teil
RABl, n.a.T..	Reichsarbeitsblatt, nicht amtlicher Teil
RdA	Recht der Arbeit
RGewO	Reichsgewerbeordnung
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

XII	Süddeutsche Juristenzeitung
SJZ	Soziale Praxis
SozPrax	Tarifvertragsgesetz
TVG	Verwaltungsarchiv
VA	Verwaltungsgericht
VerwG	Weimarer Reichsverfassung
WRV	

GESCHICHTLICHE UND SOZIOLOGISCHE GRUNDLAGEN, 1) BEGRIFF UND RECHTSNATUR DER TARIFAUSSCHLUSSKLAUSEL

I. In ihrem Ringen um angemessene Arbeitsbedingungen hat für die Arbeitnehmer die Solidarität von jeher eine bedeutsame Rolle gespielt. Schon im Handwerk des ausgehenden Mittelalters gab es die Erscheinung, daß die Gesellen, freilich noch keine Arbeitnehmer im modernen Sinne, sich zu Bündnissen innerhalb der Zünfte zusammentaten, um ihre Stellung gegenüber den Meistern zu festigen, und daß sie in Arbeitskämpfen ihren Forderungen Nachdruck verliehen.

Die Meister waren damals in den Zünften straff organisiert. Die Gesellen hatten ihnen daher wenig entgegenzusetzen, wenn nicht auch sie sich zur Solidarität untereinander entschlossen. Die Arbeitnehmervereinigungen von heute, die Gewerkschaften, sind hingegen mehr aus der Notwendigkeit entstanden, den Arbeitnehmer aus seiner Machtlosigkeit gegenüber dem einzelnen Arbeitgeber zu befreien, ihn aus der Bedeutungslosigkeit, in die er als einzelner unter vielen Arbeitnehmern desselben Arbeitgebers gestellt ist, herauszuführen. Erst in zweiter Linie richten sich die Gewerkschaften gegen die Arbeitgeber als solidarisch zusammenstehende Gruppe; jedenfalls wäre ihre Existenz zum Schutze der Arbeitnehmer auch dann erforderlich, wenn es eine Solidarität unter den Arbeitgebern überhaupt nicht gäbe.

So haben sich die soziologischen Grundlagen der Solidaritätsbestrebungen seit dem Mittelalter gewiß stark gewandelt. Geblieben ist jedoch das Ziel des Zusammenschlusses: die "Wahrung und Förderung der Arbeitsbedingungen", wie Art. 9 Abs. 3 GG sagt, und geblieben ist, was im Zusammenhang mit der Tarifausschlußklausel besonders interessiert, auch der Zwang, für die Solidarität zu werben, unter dem schon die Gesellenbünde standen. Schon die Gesellenbünde haben es für notwendig gehalten, der natürlichen Neigung zum Zusammenschluß auf mehr oder weniger kräftige Weise nachzuhelfen. Offenbar bot die Mitgliedschaft in einem Gesellenbunde nicht genügend Anreiz, um sämtliche Gesellen zum Eintritt zu bewegen. Einen wesentlichen Grund hierfür hat man wohl darin zu sehen, daß die Außenseiter, damals wohl nicht minder als heute, die von den Gesellenbünden errungenen Arbeitsbedingungen ohne eigenes Zutun werden mitgenossen haben - mit der Folge, daß sich für sie ein Beitritt erübrigte.

1) Geschichtliche Angaben, soweit nicht besonders belegt, in Anlehnung an Ritscher.

Vielleicht kann man, unter der Voraussetzung, daß es üblich ist, die Außenseiter an den von den Arbeitnehmerorganisationen ausgehandelten Arbeitsbedingungen teilhaben zu lassen, von einem Sättigungspunkt im Organisationsgrad der Arbeitnehmer sprechen. Er ist erreicht, wenn so viele Arbeitnehmer organisiert sind, daß sie im Zusammenwirken der Arbeitgeberseite wesentliche Zugeständnisse abringen können. Der Beitritt weiterer Arbeitnehmer bringt dann keinen wesentlichen Zuwachs an Macht mehr; die Außenseiter sehen, daß der Beitritt ihnen gegenüber dem, was sie durch schlichten Mitgenuß der ausgehandelten Arbeitsbedingungen ohnehin erhalten, keine wesentlichen Vorteile mehr einträgt, und spüren daher auch keine Notwendigkeit, sich der Organisation anzuschließen. Der Sättigungspunkt, von dem hier gesprochen wird, kann allerdings, je nach der Macht der Arbeitgeber, die insbesondere von deren eigenem Organisationsgrad und von der Lage am Arbeitsmarkt abhängen wird, in ganz verschiedener Höhe liegen und, daß es ihn gibt, bedeutet auch nicht, daß er nicht überschritten werden könnte. Man denke nur an den bemerkenswert hohen Organisationsgrad der Metallarbeiter, der bestimmt nicht deswegen so weit über dem der in anderen Wirtschaftszweigen beschäftigten Arbeitnehmer liegt, weil die Metallarbeitgeber etwa eine besonders starke Stellung gegenüber ihren Arbeitnehmern hätten, sondern wohl eher auf ein besonders starkes Solidaritätsbewußtsein der Metallarbeiter schließen läßt.

Nun liegt es nahe, daß Arbeitnehmerorganisationen in Wirtschaftszweigen, deren Arbeitnehmer nur zu einem verhältnismäßig kleinen Teil organisiert sind, den Sättigungspunkt irgendwie zu überwinden trachten. Arbeitskämpfe und schon die Aufrechterhaltung der Organisation selbst verlangen von den Mitgliedern recht erhebliche, meist finanzielle, Opfer und es muß demoralisierend auf die Mitglieder wirken, wenn sie sehen, daß andere ohne eigenes Zutun die errungenen Vorteile mitgenießen. Deshalb haben schon die Gesellenbünde auf die Außenseiter einen erheblichen Druck zum Beitritt ausgeübt. Gesellen, die sich der Teilnahme an Arbeitsniederlegungen entzogen, wurden häufig für unehrlich erklärt. Dies hatte zur Folge, daß den betroffenen Gesellen anderen Ortes die Arbeitsvermittlung, die sog. Umschau, verweigert wurde; auch wird schon das Gebot an die anderen Gesellen, mit dem "Verrufenen" nicht zusammenarbeiten, damit verbunden gewesen sein. Eine moderne Form solchen Zwanges zur Solidarität ist, neben dem Verruf, die Aufstellung von Streikposten, die Arbeitswillige vom Betreten des bestreikten Betriebes, oft selbst durch Anwendung von körperlicher Gewalt, abhalten. Daneben steht, als Instrument von breiterer Wirksamkeit, die tarifvertragliche Aussenseiterklausel.

Hierher gehört insbesondere die sog. Organisationsklausel, die mit den in den Vereinigten Staaten heimischen Erscheinungen des closed shop und des union shop nahe verwandt ist. Organisationsklauseln hat es in Deutschland

schon mehrfach gegeben. KURLBAUM 2) berichtet von zwei Fällen aus den Jahren 1872 und 1888; nach der Jahrhundertwende seien Organisationsklauseln in zahlreichen Tarifverträgen vorhanden gewesen, auch in der Zeit der Weimarer Republik. Nach 1945 ist dagegen nichts von einer solchen Vereinbarung bekannt geworden. Das Wesen der Organisationsklausel besteht darin, daß sie den Arbeitgeber verpflichtet, nicht bzw. nicht in der vertragschließenden Gewerkschaft organisierte Arbeitnehmer nicht bei sich zu beschäftigen. Ihr Ziel ist, die Außenseiter zum Eintritt in irgendeine bzw. in die vertragschließende Gewerkschaft zu bewegen; im ersten Falle spricht man gewöhnlich von der allgemeinen, im zweiten von der beschränkten Organisationsklausel.

Eine Außenseiterklausel ist auch die Vereinbarung eines sog. Solidaritätsbeitrages. Sie verlangt in ihrer reinen Form, daß der Außenseiter, in der einen oder anderen Form, an die Gewerkschaft, die den Tarifvertrag geschlossen hat, oder an eine von ihr beherrschte Institution einen Ausgleichsbetrag für die Vorteile leistet, die er aus der Tätigkeit der Gewerkschaft, insbesondere aus dem von ihr geschlossenen Tarifvertrag, ohne eigenes Zutun zieht. Freilich beeinflusst sie nicht notwendig die Entscheidung des Arbeitnehmers hinsichtlich der Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft; der Solidaritätsbeitrag kann so niedrig angesetzt sein, daß der Außenseiter durch den Beitritt zur Gewerkschaft, der ja gleichfalls eine Beitragspflicht nach sich zöge, nichts gewänne. Zur Vereinbarung eines Solidaritätsbeitrags ist es bisher in der Bundesrepublik nicht gekommen, da von verschiedenen Seiten erhebliche Bedenken gegen ihre Verfassungsmäßigkeit und vor allem gegen die Möglichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung (die als Ergänzung unbedingt erforderlich wäre) erhoben worden sind 3).

In neuester Zeit laufen Bemühungen fast aller Gewerkschaften, für ihre Mitglieder Vorteile auszuhandeln, die den anderen Arbeitnehmern nicht zugute kommen sollen. Für die Bauindustrie wurden im April 1962 Verhandlungen über eine Vorzugsstellung der organisierten Bauarbeiter geführt, nach deren Ergebnis die gewerkschaftlich organisierten Rentner der Bauwirtschaft aus der Zusatzversorgungskasse eine Sondervergütung und die Waisen und Kinder von organisierten Bauarbeitern, die durch Unfall getötet oder verletzt worden sind, eine Unterstützung erhalten sollten. Die "Wiesbadener Empfehlungen" vom 18. Juli 1962

2) bei Kaskel, Koalitionen, S. 78 f.; für die Weimarer Zeit vgl. ferner den Fall, den Potthoff, S. 14, berichtet, und Biensfeldt, RABl n.a.T. 1921, 763

3) Zu den Fragen des Solidaritätsbeitrags vgl. die Gutachten von A.Hueck (veröffentlicht in RdA 61, 141 ff.), Müller, Ridder und Scheuner, ferner die "7 Thesen" von Krüger; außerdem Diekhoff, DB 61, 167 f.; Heußner, RdA 60, 295 ff.; Kettner, AG 61, 104 ff.; Merker, DB 60, 1127 ff.

haben dies in etwas modifizierter Form übernommen. 4). Gegenwärtig gehen die Bemühungen vieler Gewerkschaften dahin, den organisierten Arbeitnehmern ein zusätzliches Urlaubsgeld zu verschaffen, 5) eine Forderung, die seinerzeit schon an die Bauarbeitgeber herangetragen, von diesen jedoch abgelehnt worden war. Auch in diesen Fällen handelt es sich zum Teil um Außenseiterklauseln und zwar wird man darin rechtlich besondere Formen der Tarifausschlußklausel zu sehen haben.

II. Typisch für die Tarifausschlußklausel ist, daß sie die Außenseiter von Vorteilen ausschließen will, die die organisierten Arbeitnehmer aus der Mitgliedschaft in der Gewerkschaft ziehen.

In der wichtigsten ihrer denkbaren Ausprägungen will sie dem Umstand entgegenwirken, daß den Außenseitern die tariflichen Vorteile ohne weiteres zufallen. So kommt es ihr im Grunde darauf an, den praktisch fast zwangsläufigen Gleichlauf zwischen einer Verbesserung der tariflichen Arbeitsbedingungen und der Arbeitsbedingungen der Außenseiter zu unterbinden. Sie will den Kausalzusammenhang zwischen dem Abschluß eines Tarifvertrages und der Verbesserung der Arbeitsbedingungen der Außenseiter verhindern. Wenn man sich aber überlegt, wie dies zu geschehen hätte und wie eine solche Klausel lauten müßte, wird man auf unüberwindliche Schwierigkeiten stoßen. Eine Klausel, die sich auf den Ausschluß des ursächlichen Zusammenhangs beschränkte, wäre praktisch überhaupt ohne Wirkung; denn jeder Arbeitgeber, dem unter Berufung auf sie entgegengehalten würde, er dürfe die Arbeitsbedingungen der Außenseiter nicht verbessern, könnte, ohne daß die Möglichkeit einer Kontrolle bestünde, ohne weiteres behaupten, er hätte dem betreffenden Arbeitnehmer, wenn er zu ihm gekommen wäre, die neuen Arbeitsbedingungen auch ohne Zusammenhang mit dem Tarifvertrage gewährt. Und es ließe sich dies nicht nur bei einem einzelnen Arbeitnehmer sagen, sondern auch dann, wenn die tariflichen Verbesserungen der Arbeitsbedingungen sämtlichen Außenseitern gewährt werden. Gewiß mag es Fälle geben, in denen man dem Arbeitgeber eine solche Behauptung widerlegen könnte; aber sie wären wohl selten und man vermöchte aus diesem Grunde einer Gewerkschaft die Forderung nach einer Klausel der genannten Art, wenn wirksamere Formen denkbar und rechtlich zulässig sind, nicht zu empfehlen.

4) AG 63, 160

5) z. B. IG Textil und Bekleidung, AG 63, 546 und 606; AG 64, 4 (Urlaubsgeld bzw. Urlaubskasse für Gewerkschaftsmitglieder); Gewerkschaft Holz, AG 63, 547 f. (Urlaubskasse); IG Papier-Chemie-Keramik, AG 63, 547 (Urlaubsgeld)

Praktisch wirksamer ist schon diejenige Form der Tarifausschlußklausel, die mit irgendwelchen besonders gestalteten tariflichen Vorteilen verbunden ist, die den Außenseitern in derselben Form wie den organisierten Arbeitnehmern nicht zuteil werden können. Wird z. B. für die Gewerkschaftsmitglieder eine besondere Urlaubskasse geschaffen, an die der Arbeitgeber Beiträge zu leisten hat, und wird damit die Bestimmung verbunden, daß Außenseiter ihre Vergünstigungen nicht sollen in Anspruch nehmen können, so ist jedenfalls sichergestellt, daß sie aus dieser Kasse nichts bekommen können. Freilich bleibt es dem Arbeitgeber erlaubt, den Außenseitern den Nachteil, daß sie der Kasse nicht angeschlossen werden können, irgendwie zu kompensieren. Immerhin aber muß der Arbeitgeber in diesem Falle etwas besonderes unternehmen, während er im normalen Fall einer Lohnerhöhung ganz einfach die Außenseiter den Organisierten gleichzustellen brauchte. Das mag ein gewisses Hindernis gegen eine volle finanzielle Gleichstellung sein, ist aber doch wiederum keines für denjenigen Arbeitgeber, der den ernststen Willen zur Gleichbehandlung von Organisierten und Außenseitern hat.

Mit Sicherheit praktisch wirksam ist daher wohl nur eine solche Tarifausschlußklausel, die einen gewissen Abstand zwischen die Arbeitsbedingungen der Organisierten und denen der Außenseiter legt, sei es, daß sie den Außenseitern gewisse Arbeitsbedingungen - die unter denen der Organisierten liegen - vorschreibt, oder, daß sie, soweit dies praktisch möglich ist, einen festen Unterschied festlegt. Ihr wesentliches Merkmal liegt darin, daß sie dem Außenseiter die Möglichkeit, die tariflichen Bedingungen zu erlangen, auch dann nehmen will, wenn er diese, durch eigenes Aushandeln, auch ohne den Tarifvertrag hätte erlangen können. Wegen des Abstandes, den diese Klausel zwischen die Arbeitsbedingungen der Organisierten und die der Außenseiter schieben will, wird sie im Folgenden als *Abstandsklausel* bezeichnet werden.

Die von der Tarifausschlußklausel angestrebte Schlechterstellung der Außenseiter wird sich im übrigen in erster Linie auf die Inhaltsnormen des Tarifvertrages beziehen, kann aber auch im Hinblick auf die Solidarnormen beabsichtigt sein. Für diesen zweiten Fall kann jedoch schon hier gesagt werden, daß eine solche Klausel wegen des direkten Widerspruchs zu § 3 Abs. 2 TVG ungültig sein müßte. Ein Tarifvertrag ist nicht in der Lage, sich über eine ausdrückliche Bestimmung des Tarifvertragsgesetzes hinwegzusetzen. Darauf weisen LEHNA ⁶⁾ und HESSEL ⁷⁾

6) DB 59, 917 und AG 60, 286

7) DB 60, 208

mit Recht hin. Die weiteren Untersuchungen können sich daher auf den Fall des Ausschlusses von Inhaltsnormen beschränken.

Die denkbaren Formen der Tarifausschlußklausel sind bis hierher noch nicht erschöpfend aufgezählt. So ist vor allem noch zu erwähnen, daß eine Tarifausschlußklausel beabsichtigen könnte, die einzelvertragliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag - gegen die als solche im übrigen nichts einzuwenden ist 8) - zu verbieten, 9) weil ja auch die Möglichkeit der Verweisung auf einen bestehenden Tarifvertrag dessen inhaltliche Erstreckung auf die Außenseiter erleichtert. Darüber hinaus ist es denkbar, daß eine Tarifausschlußklausel selbst die Bezugnahme auf Arbeitsbedingungen, die in dem betreffenden Betrieb allgemein gewährt werden, untersagen will - aus dem Gedanken heraus, daß diese Arbeitsbedingungen, wenn sie unterschiedslos Organisierten und Außenseitern gewährt werden, mit auf dem Tarifvertrag beruhen. Beide hier beschriebenen Formen der Tarifausschlußklausel werden im Folgenden die Bezeichnung *Bezugnahme-klausel* tragen. Schließlich weist LEHNA 10) noch auf eine mögliche Form der Tarifausschlußklausel hin, nach der es dem Vertragspartner der Gewerkschaft verboten sein soll, die Allgemeinverbindlicherklärung zu beantragen. Diese Form wird als *AVE-Klausel* bezeichnet werden.

Im Sinne einer allgemein üblichen Terminologie handelt es sich bei allen erwähnten Formen der Tarifausschlußklausel um *echte Tarifausschlußklauseln*. Von ihnen zu unterscheiden sind die *unechten*; ihr wesentliches Merkmal besteht darin, daß sie nur die §§ 3 und 4 TVG wiederholen, indem sie bestimmen, daß der Inhalt des Tarifvertrages nur für die Mitglieder der vertragschließenden Gewerkschaft gelte. Sie sind als sog. *neutrale Regeln* nach unbestrittener Ansicht rechtlich irrelevant. 11)

III. Zu klären bleibt noch die Frage, ob die Tarifausschlußklausel *normativ* auf die Arbeitsverhältnisse der Außenseiter einwirke oder nur *obligatorisch*, über eine Verpflichtung des Arbeitgebers. Die Frage ist bedeutsam im Hinblick darauf, ob die Grundrechte, deren Verletzung durch die Tarifausschlußklausel

8) Lehna AG 60, 285 und BAG SAE 60, 31

9) Diese Form wird erwähnt von Gumpert, BB 60, 103, und Lehna, AG 60, 285
10) DB 59, 917

11) Gumpert, BB 60, 102; Hessel, DB 60, 208; Hueck bei Hueck-Nipperdey-Tophoven, § 1, Anm. 41; Nipperdey bei Hueck-Nipperdey-Tophoven, § 4, Anm. 18; Küpper, Quelle 59, 488 f.; Lehna, AG 60, 285; Merker, DB 60, 263; Nikisch II, S. 230

untersuchen zu prüfen sein wird, die Tarifausschlußklausel schon auf Grund ihrer Wirkung als Normen für hoheitliches Handeln oder nur über eine, evtl. zu bejahende, aber dann jedenfalls eigens zu begründende, Drittwirkung erfassen. Herrschend ist die Ansicht, daß die Grundrechte für die tarifvertraglichen Normen unmittelbar gelten 12) (dagegen freilich DÜRIG 13) mit beachtlichen Gründen).

Ist die Tarifausschlußklausel als obligatorisch wirkende Klausel aufzufassen und ist der Tarifvertrag von einem Arbeitgeberverband geschlossen worden, so hängt ihre rechtliche und praktische Durchsetzbarkeit von der Satzung des betreffenden Verbandes ab, davon also, über welche Zwangsmittel der Verband gegenüber seinen Mitgliedern verfügt. Hat ein einzelner Arbeitgeber den Tarifvertrag geschlossen, so kann die Durchführung der Klausel von der Gewerkschaft selbst auf dem Rechtswege erzwungen werden. Wirkt die Klausel normativ, so bestimmt sie den Inhalt der Arbeitsverhältnisse unmittelbar.

Nach einhelliger Meinung geht von der Tarifausschlußklausel nur eine den Arbeitgeber unmittelbar oder mittelbar, über die Verbandsgewalt verpflichtende Wirkung aus; eine normative Wirkung auf die Arbeitsverhältnisse der Außenseiter kommt ihr nicht zu. 14) Dieser Ansicht ist auch GUMPERT 15), der eine Tarifausschlußklausel als normative Bestimmung für möglich hält und sie in diesem Falle wie ein Abschlußverbot behandelt sehen will.

Der Ablehnung einer normativen Wirkung ist zuzustimmen. Bereits aus § 4 Abs. 1 TVG ergibt sich, daß die Rechtsnormen des Tarifvertrags, die den Inhalt, den Abschluß oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, unmittelbar und zwingend nur "zwischen den beiderseits Tarifgebundenen" gelten. Da die nicht oder in einer anderen als der vertragschließenden Gewerkschaft organisierten Arbeitnehmer nicht tarifgebunden sind, kommt eine normative Einwirkung der Tarifausschlußklausel auf ihre Arbeitsverhältnisse nicht in Betracht.

12) so insbes. das BAG in st. RSpr.; vgl. vor allem BAGE 1, 262 ff.

13) Maunz-Dürig, Art. 1, Anm. 115 und 116

14) Diekhoff, DB 59, 1141 (Anm.); Födisch, S. 86, Anm. 1; Heiseke, RdA 60, 299; Hessel, DB 60, 208; Reuss, AuR 60, 34. Für Klauseln, die, im Gegensatz zur Tarifausschlußklausel die tariflichen Vorteile auch für die Außenseiter verordnen wollen, vertreten dieselbe Meinung: Hueck bei Hueck-Nipperdey-Tophoven § 1, Anm. 93; Jacobi, S. 96 f.; Maus, § 3, Anm. 11; Nikisch II, S. 361; Nipperdey bei Hueck-Nipperdey-Tophoven, § 3, Anm. 17, § 4, Anm. 5; vgl. auch A. Hueck, Recht des Tarifvertrages, S. 125 f.

15) BB 60, 102

Damit ist zugleich, im Widerspruch zu der Ansicht von GUMPERT, verneint, daß die Tarifausschlußklausel zum normativen Teil des Tarifvertrages gerechnet werden kann. Norm im Sinne des Tarifvertragsrechtes kann nur eine Bestimmung des Tarifvertrages sein, die normative Wirkung entfalten kann. Aber auch aus folgendem Grunde ist der Normcharakter der Tarifausschlußklausel zu verneinen: Bei der Tarifausschlußklausel handelt es sich, wenn überhaupt von einer Norm die Rede sein kann, um eine Inhaltsnorm. Eine Inhaltsnorm bestimmt aber notwendig den Inhalt von Arbeitsverhältnissen, indem sie die einzelnen Arbeitsbedingungen positiv regelt. Demgegenüber kommt es der Tarifausschlußklausel nur darauf an, die Außenseiter von bestimmten Arbeitsbedingungen auszuschließen oder ihnen den Zugang dazu zu erschweren. Von einer Inhaltsbestimmung kann hier nicht gesprochen werden, folglich auch nicht von einer Inhaltsnorm, so daß auch aus diesem Grunde die Zugehörigkeit der Tarifausschlußklausel zum normativen Teil des Tarifvertrages zu verneinen ist.

§ 2

TARIFAUSSCHLUSSKLAUSEL UND ULTRA-VIRES-THEORIE

Unter dem Hinweis auf ein angebliches Verbot des ultra-vires-Handelns zieht LEHNA 16) die Gültigkeit der Tarifausschlußklausel mit einem Argument in Zweifel, das, wenn es zuträfe, vielleicht schon vor aller Prüfung des Inhalts die Tarifausschlußklausel als ungültig erscheinen ließe. Nach der Ansicht von Lehna überschreitet eine Gewerkschaft bei Vereinbarung einer tarifvertraglichen Klausel, die eine Regelung für die Außenseiter treffen will, ihre tarifrechtliche Handlungsfähigkeit, mit der Folge, daß eine solche Bestimmung unwirksam ist.

Die Lehre, auf der diese Ansicht beruht, stammt aus dem englischen Recht, das der corporation Rechtsfähigkeit nur innerhalb ihres durch die Satzung oder durch Gesetz bestimmten Aufgabenkreises zubilligt. 17) Ins deutsche Recht hat sie bisher noch kaum Eingang gefunden. 18) Das Bundesarbeitsgericht benützt sie jedoch zur Abgrenzung des Bereiches, in dem eine Gewerkschaft tariffähig ist, und bejaht die Tariffähigkeit nur für den Personenkreis, aus dem die Gewerkschaft nach ihrer Satzung Mitglieder aufnehmen kann. 19) Wenn also eine Gewerkschaft etwa nach dem Industrieverbandsprinzip organisiert ist, so ist sie in ihrer Zuständigkeit auf den Industriezweig, für den sie nach ihrer Satzung zuständig sein will, begrenzt und kann für andere Industriezweige keine Tarifverträge schließen. So ist beispielsweise die IG-Metall nicht in der Lage, für die Arbeitnehmer der chemischen Industrie einen Tarifvertrag zu schließen. 20)

Es braucht hier nicht allgemein entschieden zu werden, ob diese Abgrenzung der Tariffähigkeit dem geltenden Recht entspricht; doch dürfte es sinnvoll sein, die nur verpflichtend wirkenden Bestimmungen des Tarifvertrages von denen mit normativer Wirkung in diesem Zusammenhang klar zu scheiden. Zwar liegt es nahe, die Fähigkeit zur Vereinbarung verbindlicher Normen im Sinne der ultra-vires-Theorie zu begrenzen, doch muß eine Auffassung, die dasselbe auch

16) DB 59, 916

17) Enneccerus-Nipperdey I, S. 624 (Anm. 3)

18) vgl. z. B. Enneccerus-Nipperdey I, S. 625 f. und Anm. 7 S. 626 (für den rechtsfähigen Verein; für den nicht rechtsfähigen kann nichts anderes gelten)

19) AP Nr. 6 zu § 4 TVG = BB 59, 488 (mit zustimmender Anmerkung von Gumpert); ähnlich Nipperdey bei Hueck-Nipperdey II, S. 301 f., und bei Hueck-Nipperdey-Tophoven, § 2, Anm. 36. Zu der Frage, ob es sich um eine Begrenzung der Tariffähigkeit oder vielmehr der Tarifzuständigkeit handelt, vgl. insbes. Nikisch II, S. 239

20) Nipperdey bei Hueck-Nipperdey-Tophoven a.a.O.

für die Fähigkeit zur Vereinbarung obligatorischer Bestimmungen annähme, erheblichen Zweifeln begegnen. In der den Tarifpartnern gewährten Ermächtigung, Arbeitsbedingungen kollektiv mit normativer Wirkung zu vereinbaren, hat das Tarifvertragsgesetz ein in sich geschlossenes rechtliches Institut geschaffen, das für sich allein von Rechtsprechung und Lehre ausgestaltet werden kann. Was die obligatorischen Bestimmungen des Tarifvertrages betrifft, so werden durch das Tarifvertragsgesetz jedoch keine neuen Grundsätze eingeführt: bloße Verpflichtungen zwischen den Parteien eines Tarifvertrages können nach allgemeinem bürgerlichem Recht begründet werden. Das bedeutet, daß die Frage, ob eine Gewerkschaft, die eine Tarifausschlußklausel vereinbart, *ultra vires* handle, nach dem Vereinsrecht zu beantworten ist. Dort aber wird bis jetzt die *ultra vires*-Theorie nicht anerkannt und zwar, wie es scheint, zu Recht, da sie eine erhebliche Gefahr für die Rechtssicherheit bedeutete.

Eine Tarifausschlußklausel als obligatorische Bestimmung ist demnach nicht schon deswegen unwirksam, weil die sie vereinbarende Gewerkschaft, außerhalb des Bereiches handelte, in dem sie tarifliche Normen vereinbaren kann. Es kann daher auch unentschieden bleiben, ob eine Gewerkschaft außerhalb ihrer satzungsmäßigen Zuständigkeit, also *ultra vires*, handelte, wenn sie eine Außenseiterklausel vereinbarte. Eindeutig zu bejahen wäre dies im übrigen keineswegs. Auf jeden Fall wäre es kein *ultra vires*-Handeln im Sinne der angeführten Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts und der von NIPPERDEY 21) gegebenen Beispiele, da der fachliche Bereich nicht überschritten würde. Außerdem bleibt eine Gewerkschaft, mangels einer entgegenstehenden Satzungsbestimmung, wohl stets im Rahmen der Satzung, wenn sie Vereinbarungen trifft, die für ihre Mitglieder mittelbar oder unmittelbar von Nutzen sind oder sein sollen; und dies müßte man von einer Tarifausschlußklausel wohl annehmen, da sie die Machtstellung der Gewerkschaft über eine Vermehrung des Zustroms neuer Mitglieder auszuweiten und die Lasten der Mitgliedschaft auf eine größere Zahl von Arbeitnehmern zu verteilen bestimmt ist.

21) bei Hueck-Nipperdey-Tophoven, a.a.O.

TARIFAUSSCHLUSSKLAUSEL UND KOALITIONSFREIHEIT

A. Soweit verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Tarifausschlußklausel vorgetragen werden, gründen sich diese in erster Linie auf die insbesondere vom Grundgesetz geschützte Koalitionsfreiheit. 22) Diese läßt sich in zwei Erscheinungsformen aufgespalten denken, nämlich einerseits in das Recht, eine Koalition zu gründen oder sich einer der bestehenden Koalitionen, bei freier Auswahl unter ihnen, anzuschließen, (positive Koalitionsfreiheit) und das Recht, sich nicht zu koalieren (negative Koalitionsfreiheit), andererseits. Als Folge dieser Trennung ergibt sich, daß man, wie das auch bei der Organisationsklausel geschieht, zwischen zwei Formen der Tarifausschlußklausel zu unterscheiden hat, nämlich zwischen der allgemeinen und der beschränkten Tarifausschlußklausel.

Die allgemeine Tarifausschlußklausel bestimmt, daß die tariflichen Vergünstigungen allen Arbeitnehmern gewährt werden dürfen, die überhaupt einer Gewerkschaft angehören, nicht notwendig der vertragschließenden, aber solchen nicht, die in gar keiner Gewerkschaft organisiert sind. Von ihr wird allgemein angenommen, daß sie, wenn sie überhaupt mit der Koalitionsfreiheit in Konflikt gerät, deren negative Seite verletze 23); denn sie hindere den Arbeitnehmer daran, überhaupt jeder Gewerkschaft fernzubleiben. Eine verletzung der positiven Koalitionsfreiheit wird hingegen zu Recht von niemandem angenommen, da auf den Arbeitnehmer kein Druck zum Austritt aus einer anderen Gewerkschaft, deren Mitglied er in Betätigung seiner positiven Koalitionsfreiheit geworden ist, ausgeübt wird. Nach übereinstimmender Ansicht wird die positive Koalitionsfreiheit jedoch durch die beschränkte Tarif-

-
- 22) Böttcher, BB 56, 967; Diekhoff, DB 59, 1141; Dietz, BetrVG, § 51, Anm. 11 c; ders. bei Bettermann-Nipperdey-Scheuner, S. 457 f.; Feldmann-Geisel, S. 37; Födisch, S. 91; Nipperdey bei Hueck-Nipperdey II, S. 122; Kaskel-Dersch, S. 281; Lehna, DB 59, 916; Meissinger, AG 22, 92 f.; Trillhaase, S. 47; Weyerbrock, S. 36; BdA-Jahresbericht 1959, S. 60
- 23) Diekhoff, DB 59, 1141; Dietz bei Bettermann-Nipperdey-Scheuner, S. 457; Feuerherdt, S. 120 ff.; Hannes, S. 106; Heiseke, RdA 60, 302; Heußner, RdA 60, 295 f.; Nipperdey bei Hueck-Nipperdey II, S. 122; Kaskel-Dersch, S. 281; Kastner, AuR 53, 164; Kurlbaum bei Kaskel, Koalitionen, S. 86; Lehna, DB 59, 917; Maus, § 1, Anm. 143; Richter, VA 32, 19; Schneider bei Kaskel, Koalitionen, S. 89; Steinmann, S. 68; Weyerbrock, S. 36; BdA-Jahresbericht 1959, S. 60. Ein Teil der angeführten Äußerungen bezieht sich auf die Organisationsklausel, deren Problematik hier jedoch gleich liegt.

ausschlußklausel berührt 24), wiederum unter der Voraussetzung, daß überhaupt ein Eingriff in die Koalitionsfreiheit anzunehmen ist. Nach dem Inhalt der beschränkten Tarifausschlußklausel sollen die tariflichen Bedingungen auch den Mitgliedern anderer Gewerkschaften nicht gewährt werden dürfen. Damit übt sie tatsächlich einen Druck auf diese Arbeitnehmer aus, die in Betätigung der positiven Koalitionsfreiheit begründete Mitgliedschaft in einer anderen Gewerkschaft aufzugeben und in die vertragschließende Gewerkschaft überzutreten. Nicht von allen erwähnt wird die Tatsache, daß die beschränkte Tarifausschlußklausel auch die negative Koalitionsfreiheit berührt. Dies ist aber wohl selbstverständlich, da sie nicht minder als die allgemeine Tarifausschlußklausel einen Druck auf die unorganisierten Arbeitnehmer ausübt, einer Gewerkschaft beizutreten, hier sogar ohne die Möglichkeit der Wahl unter den bestehenden Gewerkschaften.

Ehe nun im einzelnen darauf eingegangen werden kann, ob die Tarifausschlußklausel die positive oder die negative Koalitionsfreiheit verletzt, bedarf es einer genaueren Untersuchung der gesetzlichen Grundlagen der Koalitionsfreiheit, insbesondere einer Klärung des Streites um den Schutz der negativen Koalitionsfreiheit. In diesem Rahmen wird ferner auch besonders zu prüfen sein, ob, soweit der Schutz der Koalitionsfreiheit auf Bestimmungen des Grundgesetzes gestützt wird, diesen eine sog. Drittwirkung zukomme als Voraussetzung ihrer Anwendbarkeit auf die Tarifausschlußklausel.

B. Die gesetzlichen Grundlagen der Koalitionsfreiheit

I. Das Grundgesetz schützt die Koalitionsfreiheit ausdrücklich in Art. 9 Abs. 3. Daneben wird die Koalitionsfreiheit, als Teil der allgemeinen Freiheit, auch von Art. 2 Abs. 1 GG mit gedeckt, was nach einer Meinung, die in der Literatur vertreten wird, besonders für die negative Koalitionsfreiheit von Bedeutung ist (nach dieser Meinung soll die negative Koalitionsfreiheit nicht den Schutz des Art. 9 Abs. 3 genießen. 25).

1. Die positive Koalitionsfreiheit hat ihre Grundlage unmittelbar in Art. 9 Abs. 3. Dies ist schon nach dem Gesetzeswortlaut ohne weiteres klar und bedarf deshalb keiner weiteren Ausführungen. Dagegen steht der Inhalt oder Umfang der positiven Koalitionsfreiheit durchaus nicht von vornherein fest.

24) vgl. Anm. 23

25) so insbes. Nipperdey bei Hueck-N. II, S. 119; vgl. ferner Anm. 29

a. Sicher ist, daß Art. 9 Abs. 3 die Freiheit, sich überhaupt zu koalieren, schützt. Unbestritten ist ferner, daß die positive Koalitionsfreiheit das Recht, unter den bestehenden Koalitionen frei zu wählen, umfaßt. 26)

Ein Schutz der positiven Koalitionsfreiheit läßt sich ohne den Schutz des Wahlrechts kaum vorstellen. Schutz einer Freiheit bedeutet Schutz eines Willens und zwar einer konkreten Ausprägung des Willens im Hinblick auf eine bestimmte Sachlage.

Es wird schließlich allgemein anerkannt, daß die Koalitionen sich auf Grund der positiven Koalitionsfreiheit auch betätigen dürfen. Umstritten ist aber, ob dieses Recht der Koalition selbst zusteht oder ob es nur die Auswirkung der positiven Koalitionsfreiheit des Einzelnen ist. Die herrschende Meinung bejaht ein der Koalition unmittelbar gewährtes oder aus den individuellen Rechten ihrer Mitglieder abzuleitendes, jedenfalls aber selbständiges Bestands- und Betätigungsrecht der Koalition. 27) Ihr ist auf jeden Fall insoweit unbedenklich zuzustimmen, als durch sie ausgesprochen ist, daß die Koalition zur Geltendmachung dieses Rechtes befugt ist; man mag freilich zweifeln, ob die Koalition hierbei aus eigenem Recht oder aus dem Recht ihrer Mitglieder handelt. Für die Frage der Gültigkeit der Tarifausschlußklausel kommt es jedoch nicht darauf an, wem das Betätigungsrecht zusteht; auf eine nähere Untersuchung dieser Frage kann verzichtet werden, da ihr Ergebnis den Umfang des Schutzes unberührt läßt. Das Betätigungsrecht dient der Verwirklichung des Rechts, sich zu koalieren. Diesem Zweck dient es ohne Rücksicht darauf, ob es der Koalition selbst zusteht oder aus der positiven Koalitionsfreiheit ihrer Mitglieder fließt; deshalb kann auch im Umfang des Schutzes kein Unterschied bestehen.

26) zu Art. 9 Abs. 3 GG vgl.: Heußner, RdA 60, 295; v. Mangoldt, Art. 9, Anm. 4; Nikisch II, S. 29; Schwaabe, S. 35

zu Art. 159 WRV vgl.: Kurlbaum bei Kaskel, Koalitionen, S. 86; Weyerbrock, S. 13 f.; KG NZfA 21, 506; OLG Jena, RABl 24, a.T. 184

27) Dietz bei Bettermann-Nipperdey-Scheuner, S. 455, 458 f.; Feuerherdt, S. 46 ff.; Hannes, S. 24, 101, 104 f.; Heiseke, RdA 60, 302; Heußner, RdA 60, 296; Huber II, S. 381; Nipperdey bei Hueck-Nipperdey II, S. 107 ff.; Kaskel-Dersch, S. 281; Krüger, BB 56, 971 f.; v. Mangoldt-Klein, Art. 9, Anm. V 3; Neumann, S. 64 ff.; Oertmann, S. 271; Potthoff, S. 11; Sinzheimer, JW 21, 306; Steinmann S. 37

BVerfG JZ 55, 203; RGZ 111, 202; LG Berlin II, NZfA 24, 375

a.M.Födisch, S. 52 f.; Merker, DB 60, 1128; Richter, VA 32, 9

b. Fraglich ist, ob das Betätigungsrecht der Gewerkschaft so stark ist, daß es sich gegen die Koalitionsfreiheit des Einzelnen durchzusetzen vermag. Kann eine nach sonstigen Grundsätzen widerrechtliche Willensbeeinflussung allein dadurch sich als rechtmäßig erweisen, daß der sie ausübenden Gewerkschaft das Recht auf freie Betätigung zur Seite steht?

Die Frage ist zu verneinen; aus dem Gesichtspunkt des Betätigungsrechtes allein kann eine sonst unzulässige Willensbeeinflussung nicht als zulässig angesehen werden und zwar aus folgendem Grund: Es wurde bereits ausgeführt, daß das Betätigungsrecht der Koalition im Dienste der individuellen positiven Koalitionsfreiheit steht. Dieser Gesichtspunkt gibt auch hier den Ausschlag, läßt er doch erkennen, daß es sich bei dem Betätigungsrecht um ein sekundäres, ein der Verwirklichung eines anderen dienendes, Recht handelt. Daraus geht hervor, daß es sich gegenüber dem Außenseiter, der sich auf das primäre Recht, die positive Koalitionsfreiheit als bloße Vereinigungsfreiheit, berufen kann, nicht durchzusetzen vermag. Die Koalition kann nicht das Betätigungsrecht geltend machen, um einem anderen das Recht, die ihm passende Koalition zu wählen, streitig zu machen, da ja ihre eigene Existenz auf der Ausübung positiver Koalitionsfreiheit beruht. 28)

2. Umstritten ist, ob die negative Koalitionsfreiheit, das Recht, jeder Koalition fernzubleiben, durch das Grundgesetz geschützt wird und vor allem, durch welche Bestimmung des Grundgesetzes, Art. 9 Abs. 3 oder Art. 2 Abs. 1.

a. Art. 2 Abs. 1 schützt die Freiheit der Person im allgemeinen. Er ist die *lex generalis* aller Grundfreiheiten und schützt die Freiheit in ihrer vollen Breite, freilich mit der selbstverständlichen Einschränkung, daß der Gebrauch der Freiheit nicht zu einer Verletzung der Rechte anderer oder zu einem Verstoß gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz führen darf. Es kann daher kaum bezweifelt werden, daß die negative Koalitionsfreiheit wenigstens auch von Art. 2 Abs. 1 umfaßt wird.

b. Ob die negative Koalitionsfreiheit nur durch Art. 2 Abs. 1 geschützt wird 29), bleibt freilich noch offen. Die herrschende Meinung nimmt an, daß die negative

28) im Ergebnis ebenso Merker, DB 60, 1128 f.

29) so Bogs, AR-Blattei, Vereinigungsfreiheit, I Übersicht, B I 4; Heiseke, RdA 60, 299 ff.; Heußner, RdA 60, 296; Kaskel-Dersch, S. 280; Nipperdey bei Hueck-Nipperdey II, S. 116; Schwaabe, S. 28

Koalitionsfreiheit den gleichen Schutz wie die positive genieße, also durch Art. 9 Abs. 3 garantiert werde. 30) Eine wesentliche Grundlage für die Entscheidung dieser Frage bietet sich in der Entstehungsgeschichte des Art. 9 Abs. 3 GG. Jedoch sei darauf hingewiesen, daß nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe nicht entscheidend ist und daß der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift Bedeutung nur zur Betätigung einer systematisch gewonnenen Auslegung oder zur Ausräumung von auf andere Weise nicht zu behebenden Zweifeln zukommt, 31) m.a.W., daß eine historische Auslegung unerheblich ist, wenn die systematische Auslegung zu einem klaren Ergebnis führt. Großzügiger in der Verwendung historischer Auslegung ist freilich das Bundesarbeitsgericht, indem es davon absieht, historische und systematische Gesetzesauslegung in eine feste Rangordnung zu bringen. 32)

Art 9 Abs. 3 GG stimmt fast wörtlich mit dem Art. 159 WRV überein, woraus hervorgeht, daß der Grundgesetzgeber sich diese Verfassungsbestimmung zum Vorbild genommen hat. Es wäre indessen voreilig, daraus auch auf eine vom Grundgesetzgeber beabsichtigte Übereinstimmung des Inhalts zu schließen. Ein Vergleich der geschichtlichen Situationen, aus denen die beiden Vorschriften hervorgegangen sind, zeigt deutliche Unterschiede:

30) Bischoff, MuA 50, 125 f.; Bobrowski-Gaul, S. 3; Diekhoff, DB 59, 1142; Dietz, BetrVG, § 51, Anm. 6, 11c; ders., PersVG, § 56, Anm. 12; ders. bei Bettermann-Nipperdey-Scheuner, S. 457; Erdmann, § 2, Anm. 3, § 51, Anm. 1; Feldmann-Geisel, S. 37 f.; Födisch, S. 85; Grabendorf-Windscheid, § 56, Anm. 3 c, cc; Hannes, S. 98; Huber II, S. 384 f.; Lehna, DB 59, 917; v. Mangoldt, Art. 9, Anm. 4; v. Mangoldt-Klein, Art. 9, Anm. V 11; Nawiasky-Lechner, Art. 170, Anm. 2; Pathe, DVBl 50, 664; Reuss, AuR 60, 35; Süsterhenn-Schäfer, Art. 66, Anm. 3 BayLAG, BayAMinAmtsblatt 50, 243; OLG Koblenz, DB 51, 368; OLG Hamm, DB 52, 595; LAG Hamm, BB 53, 145; OLG Koblenz, NJW 51, 366

Für einen Schutz der negativen Koalitionsfreiheit durch Art. 159 WRV:

Gätcke, S. 31; Groh, S. 42; Meissinger, AG 22, 92 f.; Schneider bei Kaskel, Koalitionen, S. 89; Steinmann, S. 33; Trillhaase, S. 36; Weyerbrock, S. 12 f. OLG Jena, RABl 24, a.T. 184; VerwG Hamburg, RABl 27, a.T. 19 a.M. Kastner, AuR 53, 163 f.; Nipperdey, RdA 49, 216; v. Sivers, MuA 50, 9; ferner die in Anm. 29 angeführte Literatur

31) BVerGE 1, 312; bestätigend 10, 244 und 11, 130 f.

32) vgl. insbes. BAGE 1, 279; 8, 326; 9, 156

Dem Erlaß des Art. 159 WRV war eine lange Entwicklung vom strengen Verbot bis zur Anerkennung der Koalitionen vorausgegangen. Der Art. 159 war selbst noch ein Teil dieser Entwicklung; denn er erst brachte die umfassende und zudem verfassungsrechtliche Anerkennung der Koalitionen. Es kann daher kaum bezweifelt werden, daß es damals nicht im Willen des Gesetzgebers lag, die negative Koalitionsfreiheit besonders zu schützen. Diese Seite der Koalitionsfreiheit war ihm kein Problem. 33) Aus eben diesem Grunde zwar hat er sie auch nicht ausdrücklich vom Schutze ausgenommen; doch hätte es zur Begründung eines qualifizierten Schutzes der negativen Koalitionsfreiheit wenigstens eines darauf gerichteten Willens des Gesetzgebers bedurft, wenn schon der Wortlaut des Art. 159 nichts für einen Schutz dieser Seite der Koalitionsfreiheit ergibt.

Diese Ansicht deckt sich im Ergebnis mit der damals wohl herrschenden Meinung 34), wonach sich der Art. 159 WRV nur auf die positive Koalitionsfreiheit bezog.

Durchaus anders war die geschichtliche Situation, als der Art. 9 Abs. 3 GG beschlossen wurde. Um den Art. 159 WRV und die Frage, ob er auch die negative Koalitionsfreiheit umfasse, hatte sich schon in den zwanziger Jahren eine Diskussion entfaltet. An ihr konnte der Grundgesetzgeber nicht achtlos vorübergehen. Ihm war die negative Koalitionsfreiheit ein Problem, ganz im Gegensatz zum Gesetzgeber der Weimarer Reichsverfassung. Tatsächlich ist die Frage der negativen Koalitionsfreiheit im Parlamentarischen Rat und besonders in seinem Hauptausschuß eingehend besprochen worden. Ursprünglich hatte man denn auch einen ausdrücklichen Schutz der negativen Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 aufnehmen wollen ("Ein Zwang zum Beitritt darf nicht ausgeübt werden."), doch wurde dieser Satz in zweiter Lesung im Hauptausschuß (44. Sitzung) auf Antrag der SPD, hinter der die Gewerkschaften standen, wieder gestrichen und es ist in den Debatten mitunter sogar zum Ausdruck gekommen, daß ein gewisser "erlaubter" Zwang nicht zu entbehren sei. 35)

33) Dietz bei Bettermann-Nipperdey-Scheuner, S. 455

34) Baum, NZfA 22, 27; Biensfeldt, RABl 21, n.a.T. 764; Flatow, NZ 21, 598; Kurlbaum bei Kaskel, Koalitionen, S. 85; Neumann, S. 72; Nolting-Hauff, NZfA 28, 471; Richter, JW 29, 2779; ders., VA 32, 18; Rohlfing bei Kaskel, Koalitionen, S. 96; Sinzheimer, S. 81 f.; ders., JW 21, 306; OLG Königsberg, SozPrax 25, 1060; vgl. ferner Dietz, Freiheit und Bindung im kollektiven Arbeitsrecht, S. 16

35) vgl. im einzelnen v. Mangoldt, Art. 9, Anm. 1 und 4

Die Streichung dieses Satzes wird nun in der Literatur völlig gegensätzlich gedeutet. Den einen dient sie zum Beweise dessen, daß der Grundgesetzgeber die negative Koalitionsfreiheit nicht habe schützen wollen. 36) Nach der Ansicht anderer jedoch reicht sie dazu nicht aus oder muß, wenn man die Umstände, unter denen sie erfolgte, mit heranzieht, sogar im gegenteiligen Sinne gewürdigt werden. 37) Richtig dürfte die zweite Meinung sein. Zwar ist an der Tatsache der Streichung nicht zu rütteln; aber es ist ebenso unleugbar, daß man sich im Parlamentarischen Rat über die Frage der Schutzwürdigkeit durchaus in positivem Sinne einig war. Selbst die gewerkschaftlich eingestellten Abgeordneten, auf deren Betreiben die Streichung erfolgte, bekannten sich zur negativen Koalitionsfreiheit. Nur wollten sie einen ausdrücklichen Schutz vermieden wissen, weil dieser nach ihrer Meinung die Stellung der Nichtorganisierten zu sehr gefestigt hätte. Dieser Vorgang läßt es ziemlich deutlich werden, daß hier auf einen ausdrücklichen Schutz der negativen Koalitionsfreiheit nur aus "optischen" Gründen verzichtet wurde. Ein qualifizierter Schutz entspricht durchaus der Rechtsansicht des Gesetzgebers. Nach der Entstehungsgeschichte des Art. 9 Abs. 3 GG ist er deshalb zu bejahen.

Zu keinem anderen Ergebnis führt die systematische Gesetzesauslegung, freilich nicht mit der gleichen Eindeutigkeit wie die historische, so daß hier ein Fall gegeben sein mag, in dem auch nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts die Entstehungsgeschichte zur Behebung von Zweifeln mit herangezogen werden darf. 38)

Für einen Schutz der negativen Koalitionsfreiheit spricht vor allem folgendes häufig gebrauchte Argument: Es wird gesagt, dem Art. 9 Abs. 3 liege derselbe Freiheitsbegriff zugrunde wie dem Art. 2 Abs. 1. Dieser umfasse aber selbstverständlich auch die negative Seite der Freiheit, also auch die Freiheit, etwas abzulehnen. 39) Zwingend ist dieses Argument zwar nicht; denn der Gesetzgeber konnte, wenn er wollte, natürlich auch die positive Koalitionsfreiheit allein

36) Bogs, AR-Blattei, Vereinigungsfreiheit, I Übersicht, B14a; Heiseke, RdA 60, 300; Nipperdey bei Hueck-Nipperdey II, S. 116; DGB-Geschäftsbericht 1949, S. 353

37) Bischoff, MuA 50, 125; Födisch, RdA 55, 89; Hannes, S. 86; Huber II, S. 384 f.; v. Mangoldt, Art. 9, Anm. 4; Nikisch II, S. 30; OLG Koblenz, NJW 51, 366

38) vgl. S. 15

39) Krüger, BB 56, 969; Födisch, S. 79, 84 f.; ders., RdA 55, 90; Hannes, S. 46, 98; Hubmann, S. 155. Ähnlich: Bischoff, MuA 50, 125; v. Mangoldt, BB 51, 621; v. Mangoldt-Klein, Art. 9, Anm. V 11

schützen. Aber es begründet zum mindesten eine Vermutung für den Schutz der negativen Koalitionsfreiheit. 40)

Diese Vermutung wird verstärkt, wenn man sich vergegenwärtigt, was der Art. 9 Abs. 3 im Grunde in der positiven Koalitionsfreiheit schützt. Das Gesetz will dem Einzelnen die Möglichkeit geben, seine Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in geeigneter Weise zu wahren und zu fördern. Es geht dabei von der selbstverständlichen Tatsache aus, daß der Zusammenschluß ein geeignetes Mittel ist, und gewährt deshalb die Freiheit zur Koalition. Es gewährt diese Freiheit zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, schützt also den Willen des Einzelnen, zu diesem Zwecke einer Koalition beizutreten. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Art. 9 Abs. 3, noch mehr aber aus dem Sinn dieser Vorschrift. Das Gesetz schützt also den einzelnen in einer ganz bestimmten Motivation ("zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen") und dies vollzieht sich so, daß es ihn vor anderen Motivationen zu bewahren sucht - auf daß die geschützte sich in reiner Form durchsetzen könne.

Auf der Grundlage dieses Ergebnisses ist in folgender Weise zu argumentieren: Wenn es zutrifft, daß Art. 9 Abs. 3 GG mit der Gewährung der Koalitionsfreiheit bezweckt, dem Einzelnen ein geeignetes Mittel zu Wahrung und Förderung seiner Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen an die Hand zu geben, und wenn er demgemäß nur das Motiv "zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" unmittelbar schützt, so wäre die Annahme widersinnig, es werde dieser Schutz nur für den Fall gewährt, daß das Motiv zum Eintritt in eine Koalition führt. Geschützt wird vielmehr jede Entscheidung in Bezug auf die Koalition, die der durch Art. 9 Abs. 3 begünstigte zur Wahrung und Förderung seiner Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen trifft; und wenn er der Meinung ist, diesem Zwecke sei am besten dadurch gedient, daß er jeder Koalition fernbleibe, so wird er auch in dem hierauf beruhenden Willen geschützt.

Auch diese Beweisführung ist freilich nicht völlig zwingend. Sie widerlegt nicht die Tatsache, daß der Gesetzgeber die positive Koalitionsfreiheit ohne die negative schützen konnte. Aber doch dürfte sie deutlich machen, daß der Gesetzgeber von dieser theoretisch bestehenden Möglichkeit vernünftigerweise kaum konnte Gebrauch gemacht haben.

40) Krüger, BB 56, 969

Als Ergebnis der historischen und der systematischen Auslegung des Art. 9 Abs. 3 GG ist daher festzuhalten, daß nicht nur die positive, sondern auch die negative Koalitionsfreiheit schützt.

3. Bedeutung für die Zulässigkeit der Tarifausschlußklausel hat das Grundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG freilich nur dann, wenn es auch für die dem Privatrecht unterworfenen Rechtsgeschäfte bindend ist. Diese sog. Drittwirkung bedarf des Nachweises, da die Grundrechte, was kaum bestritten ist, mit Rücksicht auf ihre Vorgeschichte in erster Linie vor Eingriffen des Staates schützen sollen. Zwar würde es den Rahmen dieser Arbeit bei weitem sprengen, sollte die Frage nach der Drittwirkung der Grundrechte hier einer eingehenden Untersuchung unterworfen werden. Trotzdem muß zu dem Problem Stellung bezogen werden.

KLEIN 41) unterscheidet drei Arten von Drittwirkung, eine unmittelbare Drittwirkung der subjektiven öffentlichen Rechte als solche gegen Private, eine einfach mittelbare Drittwirkung durch Ableitung von subjektiven Privatrechten aus jenen subjektiv-öffentlichen Rechten und eine zweifach mittelbare Drittwirkung durch Ableitung von subjektiven Privatrechten aus Gesetzen, die der einfache Gesetzgeber auf Grund einer diesbezüglichen grundgesetzlichen Verpflichtung aus dem Grundrecht erlassen hat. An diese dritte von Klein aufgeführte Form der Drittwirkung fügt sich eng die von DÜRIG 42) besprochene Drittwirkung über eine Wertausfüllung privatrechtlicher Bestimmungen, eine Ausfüllung dieser Bestimmungen mit der den Grundrechten zugrundeliegenden Wertordnung. KLEIN meint wohl denselben Fall, wenn er von der Wirkung der Grundrechte als Auslegungsregeln für die außerverfassungsrechtlichen Rechtsgebiete spricht. 43)

Der Wertausfüllung unterliegen nach DÜRIG die privatrechtlichen Generalklauseln, womit insbesondere die §§ 138, 242 und 826 BGB gemeint sind. 44) Der Begriff der guten Sitten hätte demnach eine Beeinflussung auch durch Art. 9 Abs. 3 GG erfahren mit der Folge, daß eine die Koalitionsfreiheit beschränkende Maßnahme oder Vereinbarung eher den guten Sitten zuwiderlaufen kann als,

41) v. Mangoldt-Klein, Vorb. A II 4 c (S. 65)

42) bei Maunz-Dürig, Art. 1 Abs. 3, Anm. 133, und in Festschrift für Nawiasky, S. 176 ff.

43) a. a. O., Buchst. f

44) BVerfGE 7, 206 ("Lüth-Urteil") erwähnt § 826 BGB

wenn es die Bestimmung des Art. 9 Abs. 3 nicht gäbe. Es wäre aber trotz dieser "Wertschärfung" oder "Wertakzentuierung" 45) sehr bedenklich, wollte man sagen, daß eine Tarifausschlußklausel nun bei einem Eingriff in die Koalitionsfreiheit schon ohne weiteres gegen die guten Sitten verstoße. Es mag schon solche Fälle geben, aber sie werden gewiß zu den Ausnahmen gehören. Deshalb kommt der erwähnten Art von Drittwirkung hier wohl keine wesentliche Bedeutung zu. Dies gilt auch für das im Zusammenhang mit Fragen der Drittwirkung bedeutsame "Lüth-Urteil" des Bundesverfassungsgerichts 46), da das Gericht dort nur zu der Drittwirkung über eine Ausfüllung privatrechtlicher Generalklauseln ausdrücklich Stellung nimmt.

Es läßt sich aber wohl annehmen, daß wenigstens Art. 9 Abs. 3 GG unmittelbar auf private Rechtsgeschäfte einwirkt. Dies ergibt sich aus seinem Satz 2, wonach Abreden, die die Koalitionsfreiheit einschränken oder zu behindern suchen, nichtig sind. Auch KLEIN 47) ist dieser Ansicht, obwohl er im übrigen eine Drittwirkung ablehnt 48). Desgleichen schreibt DÜRIG, auch er ein grundsätzlicher Gegner der unmittelbaren Drittwirkung, dem Art. 9 Abs. 3 unter Hinweis auf Satz 2 eine solche Wirkung zu. 49) Nach seiner Meinung ist die Koalitionsfreiheit (er spricht freilich nur von der negativen) das stärkste Beispiel eines in Drittrichtung wirkenden Grundrechts. 50) Die Annahme einer Drittwirkung des Art. 9 Abs. 3 wird schließlich noch unterstützt durch das Argument, daß Art. 9 Abs. 3 Satz 2, soweit er sich auf hoheitliches Handeln bezieht, nur Selbstverständliches aussagt, daß er also Sinn nur dann hat, wenn er die Wirkung des Art. 9 Abs. 3 auf privates Handeln, insbesondere auch auf private Rechtsgeschäfte, ausdehnen will.

Ohne eine ausdrückliche Bestimmung wie Art. 9 Abs. 3 Satz 2 wäre eine andere Art der Drittwirkung als die über eine Ausfüllung bestehender oder die Schaffung neuer, den Grundrechten entsprechender, privatrechtlicher Rechtssätze freilich abzulehnen. Es ist DÜRIG darin Recht zu geben, daß die Grundfreiheiten auch dies zum wesentlichen Inhalt haben: daß niemand dazu gezwungen werden kann, von ihnen Gebrauch zu machen; und ein Gebrauchmachen in diesem Sinne ist wohl auch dann gegeben, wenn jemand sich auf ein Grundrecht zur Abwehr von Eingriffen beruft. Gerade wegen der Existenz der Grundrechte ist also eine

45) Dürig bei Maunz-Dürig, a.a.O.

46) BVerfGE 7, 206

47) v. Mangoldt-Klein, Art. 9, Anm. V 8

48) a.a.O.

49) Maunz-Dürig, Art. 1, Anm. 127. Für die Drittwirkung auch Dietz bei Bettermann-Nipperdey-Scheuner, S. 447, 449; Giese, S. 77; Huber II, S. 385, 388; v. Mangoldt, Art. 9, Anm. 4

50) Festschrift für Nawiasky, S. 184, Anm. 61

Drittwirkung grundsätzlich zu verneinen. 51) Anderer Ansicht ist freilich das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung 52), ferner insbesondere NIPPERDEY 53). Jedoch erkennt auch Nipperdey an, daß eine unmittelbare Drittwirkung nicht allen Grundrechten zukomme. Zu den Grundrechten, die ihrer entbehren, rechnet er in erster Linie die Art. 8, 11, 13, 14 Abs. 1 und 2, 16 und 17 GG. 54) Auch sie sollen aber über die Generalklauseln, vor allem die §§ 138 und 826 BGB, auf das Privatrecht einwirken. Insoweit deckt sich Nipperdeys Ansicht mit der von Dürig, wonach die Grundrechte auf privates Handeln nur über eine Wertausfüllung der privatrechtlichen Generalklauseln einwirken.

4. Zur Nichtigkeit genügt es, wenn die Tarifausschlußklausel auch nur die Tendenz hat, die Koalitionsfreiheit zu behindern. Dies ergibt sich aus dem Gebrauch der Worte "zu behindern suchen" in Art. 9 Abs. 3 Satz 2. Zwar genügt nach dem Grundgesetz auch der Nachweis einer tatsächlichen Verletzung der Koalitionsfreiheit (vgl. den Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 Satz 2: "einschränken", im Gegensatz zum Wortlaut des Art. 159 WRV: "einzuschränken suchen"), aber er ist nicht unbedingt erforderlich 55). Von einer Tendenz zur Behinderung im Sinne des Art. 9 GG wird man aber nur dann sprechen können, wenn da, wo die Tarifausschlußklausel tatsächlich auf Arbeitnehmer willensbeeinflussend einwirkt, eine Behinderung der Koalitionsfreiheit objektiv gegeben ist. Sofern die Vertragsparteien nur rechtsirrtümlich glauben, daß die von ihnen vereinbarte Klausel in die Koalitionsfreiheit der betroffenen Arbeitnehmer eingreife 56), wird die Vereinbarung als gültig anzusehen sein 57). Dies ergibt sich aus Folgendem:

-
- 51) Dürig bei Maunz-Dürig, Art. 1 Abs. 3, Anm. 130, und Festschrift für Nawiasky, S. 168
- 52) BAGE 1, 193 f.; 4, 243; 4, 276
- 53) bei Neumann-Nipperdey-Scheuner, S. 18 ff., und Hueck-Nipperdey II, S. 99; vgl. ferner RdA 50, 125
- 54) bei Neumann-Nipperdey-Scheuner, S. 19
- 55) Dietz bei Bettermann-Nipperdey-Scheuner, S. 449
- 56) wenn sie z. B. der Ansicht sind, daß eine Klausel, die sich darauf beschränkt, die ursächliche Wirkung des Tarifvertrages auf die Arbeitsbedingungen der Außenseiter auszuschließen, (vgl. S. 25) die Koalitionsfreiheit verletze
- 57) Auch Dietz, a. a. O., spricht nur davon, daß die Tendenz genüge, "auch wenn im Ergebnis tatsächlich niemand betroffen wird" (Hervorhebung vom Verf.), also von dem Fall, daß praktisch eine Behinderung nicht eintritt; etwas anderes ist es, wenn sie theoretisch schon gar nicht eintreten kann.

Daß die Tarifvertragsparteien eine Tarifausschlußklausel trotz der Kenntnis des Verstoßes gegen die Koalitionsfreiheit (und folglich, wie man vermuten darf, auch der Nichtigkeit) vereinbaren, dürfte ein praktisch kaum wahrscheinlicher Fall sein. Viel eher könnte es geschehen, daß die Parteien die Klausel vereinbaren, weil sie glauben, daß diese mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar sei, und diesen praktisch wichtigeren Fall will Art. 9 Abs. 3 Satz 2 gewiß mit erfassen. So kommt es also wohl nicht darauf an, daß der Einfluß auf die Entscheidung des Außenseiters in dem vollen Bewußtsein des Verstoßes gegen Art. 9 Abs. 3 ausgeübt wird; vielmehr muß es genügen, wenn überhaupt Einfluß auf die Entscheidung genommen werden soll und dieser Einfluß objektiv als Eingriff in die Koalitionsfreiheit anzusehen ist. Auf der anderen Seite dürfte Art. 9 Abs. 3 Satz 2 nicht so auszulegen sein, daß eine Tarifausschlußklausel nach ihm schon nichtig sei, wenn die Parteien des Tarifvertrages nur der Meinung sind, sie nähmen in unzulässiger Weise auf die Entscheidung des Außenseiters Einfluß. Indem sich das Gesetz schon gegen die bloße Tendenz zu einer unzulässigen Beeinflussung wendet, will es von denjenigen, deren Koalitionsfreiheit geschützt wird, auch die bloße Gefahr einer Beeinträchtigung fernhalten. Eine solche Gefahr besteht aber nicht, wenn in der angestrebten Form der Willensbeeinflussung kein Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit zu sehen ist.

Als Ergebnis dieser Überlegungen ist demnach festzuhalten: Eine Vereinbarung ist nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG nichtig, wenn die beabsichtigte Entscheidungsbeeinflussung objektiv auf einen Eingriff in die Koalitionsfreiheit hinausläuft. Es ist nicht erforderlich, daß die Parteien des Vertrages auch das Bewußtsein haben, etwas unzulässiges anzustreben. Andererseits ist die bloße Meinung, es werde in die Koalitionsfreiheit eingegriffen, allein nicht ausreichend; es muß noch hinzukommen, daß die Entscheidungsbeeinflussung, wenn sie eintritt, gegen Art. 9 Abs. 3 verstößt.

II. Ein Schutz der Koalitionsfreiheit findet sich nicht nur im Grundgesetz, sondern auch in den §§ 51 BetrVG und 56 PersVG. Beide Vorschriften verbieten eine unterschiedliche Behandlung von Arbeitnehmern wegen ihrer gewerkschaftlichen Einstellung. Es ist klar, daß diese Vorschriften dadurch zum Schutze der Koalitionsfreiheit wirken. Der Ansicht von DIETZ 58) ist insoweit ohne weiteres zuzustimmen.

58) BetrVG, § 51, Anm. 6; PersVG, § 56, Anm. 12

Freilich mag man darüber streiten, ob die Koalitionsfreiheit selbständiges Schutzobjekt dieser Vorschriften ist oder ob sie vielmehr nur mittelbar, über das Verbot sachfremder Differenzierung, geschützt wird. Näher liegt wohl die zweite Ansicht. Die Wahl der Worte "Recht und Billigkeit" deutet darauf hin, daß in erster Linie der Gleichbehandlungsgrundsatz gesetzlich festgelegt werden soll. Außerdem wird die gewerkschaftliche Einstellung erst in dem mit "insbesondere" eingeleiteten Satzteil erwähnt, der nur von einer unterschiedlichen Behandlung spricht. Es ist daher wohl anzunehmen, daß die beiden Vorschriften nur vor einem Koalitionszwang durch Benachteiligung gegenüber anderen (Ungleichbehandlung) schützen. Daraus aber wäre zu schliessen, daß ein selbständiger Schutz der Koalitionsfreiheit nicht gewährt wird; denn der Bereich, in dem sich der Schutz auswirkte, würde sich mit dem Schutzbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes decken.

C. Verstößt die Tarifausschlußklausel gegen die Koalitionsfreiheit?

I. Nach den bisherigen Ausführungen steht für diese Arbeit fest, daß Art. 9 Abs. 3 GG sowohl die positive wie die negative Koalitionsfreiheit schützt und daß die Tarifausschlußklausel auf dem Wege über die Drittwirkung von ihm erfaßt wird, ferner, daß eine Tarifausschlußklausel nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 nichtig ist, wenn der von ihr ausgehende Einfluß auf die Entscheidung des Ausenseiters sich objektiv als ein Eingriff in die Koalitionsfreiheit darstellt, ohne Rücksicht auf das Bewußtsein der Tarifvertragsparteien, daß es sich um einen Verstoß handelt.

Im Folgenden ist nun zu prüfen, ob die Tarifausschlußklausel tatsächlich gegen das Grundrecht der Koalitionsfreiheit verstößt.

1. Ausgangspunkt ist die fast unbestrittene Tatsache, daß der Arbeitgeber Organisierte und Außenseiter auf Grund seiner Vertragsfreiheit unterschiedlich behandeln darf. Wenn ein Tarifvertrag besteht, ist es dem Arbeitgeber erlaubt, die organisierten Arbeitnehmer dem Vertrage gemäß besser zu stellen als die Außenseiter. Diese Vertragsfreiheit wird von Art. 9 Abs. 3 GG vorausgesetzt. Das Grundgesetz spricht selbst davon, daß jedermann das Recht habe, sich "zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" mit anderen zusammenzuschließen, und es setzt, indem es auch die negative Koalitionsfreiheit schützt, ferner voraus, daß sich meist nur ein Teil der Arbeitnehmer zu Gewerkschaften zusammenschließen wird. Es geht somit davon aus, daß es den Arbeitnehmern grundsätzlich möglich ist, durch Vertrag mit der Arbeitgeberseite eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen zu erlangen, und daß diese Verbesserung nicht notwendig allen Arbeitnehmern eines Arbeitgebers zugute-

kommt. Die Zulässigkeit einer auf Tarifvertrag beruhenden unterschiedlichen Behandlung von organisierten Arbeitnehmern und Außenseitern gehört also zur Rechtsordnung des Art. 9 Abs. 3; auch das Tarifvertragsgesetz setzt sie als selbstverständlich voraus.

Besonders deutlich kommt dieser Gedanke zum Ausdruck in einer Äußerung von HESSEL 59), die hier im Wortlaut wiedergegeben sei: "Wer von der negativen Koalitionsfreiheit Gebrauch macht, muß die sich hieraus ergebenden Folgen in Kauf nehmen. Jedenfalls kann man die negative Koalitionsfreiheit nicht so interpretieren, daß der Arbeitnehmer zwar das Recht hat, einer Organisation fern-zubleiben, daß ihm aber andererseits die Rechte erhalten bleiben müssen, die er hätte, wenn er organisiert wäre. Da es, wie gesagt, keinen grundgesetzlich geschützten Anspruch auf bestimmte Arbeitsbedingungen gibt, wird ... der Arbeitnehmer in dieser seiner Koalitionsfreiheit nicht dadurch eingeschränkt, daß bestimmte Auswirkungen auf die zu erlangenden konkreten Arbeitsbedingungen entstehen."

Hessel geht zu Recht davon aus, daß die Teilhabe an den tariflichen Bedingungen eine natürliche Folge der Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft ist und daß der Ausschluß hiervon ebenso selbstverständlich mit dem Außenseitertum verbunden wäre, wenn es nicht üblich wäre, auch den Außenseitern die tariflichen Bedingungen zu gewähren, und er nimmt ferner mit Recht an, daß dies zur Ordnung des Art. 9 Abs. 3 GG gehört. Zu ergänzen sind Hessels Ausführungen dahin, daß ein Arbeitnehmer nicht nur die Folgen, die sich aus der Betätigung der negativen Koalitionsfreiheit ergeben, hinnehmen muß, daß er vielmehr auch die Folgen seiner, in Ausübung der positiven Koalitionsfreiheit begründeten, Mitgliedschaft in einer anderen Gewerkschaft zu dulden hat.

Festzuhalten ist also, daß ein Arbeitnehmer als Nichtorganisierter oder als Mitglied einer anderen als der vertragschließenden Gewerkschaft keine Verletzung seiner Koalitionsfreiheit erleidet, wenn er nicht die dem Tarifvertrag entsprechenden Arbeitsbedingungen erhält.

2. Wenn nun aber in einer dem Tarifvertrag entsprechenden Behandlung der Außenseiter kein Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit zu sehen ist, so muß dasselbe für eine tarifvertragliche Klausel gelten, die vorschreibt, daß den Außenseitern die tariflichen Verbesserungen der Arbeitsbedingungen nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Tarifvertrag eingeräumt werden dürfen. Die

heutige Praxis, nach der den Außenseitern in der Regel sozusagen im Gleichschritt mit den Tarifverträgen die tariflichen Vergünstigungen mitgewährt werden, setzt sich über die Ordnung, von der Art. 9 Abs. 3 GG und das Tarifvertragsgesetz ausgehen, hinweg. Wenn eine tarifliche Außenseiterklausel diesen Zustand aufzuheben trachtet und in ihrer Wirkung nicht über den Ausschluß eines unmittelbaren Gleichlaufs zwischen dem Tarifvertrag und den Arbeitsbedingungen der Außenseiter hinausgeht, wird rechtlich nichts gegen sie einzuwenden sein.

Nun wurde freilich bereits gesagt 61), daß eine solche nur die Ursächlichkeit des Tarifvertrages für die Arbeitsbedingungen der Außenseiter ausschließende Tarifausschlußklausel der praktischen Wirkung weitgehend entbehrte und daß eine Gewerkschaft in ihrem Interesse gut daran täte, eine solche Klausel anzustreben, die die Außenseiter auf bestimmte Arbeitsbedingungen oder auf einen bestimmten Abstand von den, günstigeren, Arbeitsbedingungen der organisierten Arbeitnehmer festlegte (Abstandsklausel). Da eine solche Klausel sich nicht auf den Ausschluß der Ursächlichkeit beschränkt, da sie den Außenseiter also schlechter stellt, als er durch bloßen Ausschluß von dem Genuß des von der Gewerkschaft geschlossenen Tarifvertrages stünde, wird man in der Tat annehmen müssen, daß von ihr ein unzulässiger Koalitionszwang auf die Außenseiter ausgehe. "Es ist eben ein Unterschied, ob man dem Tarifaussenseiter den Schutz des Tarifvertrages versagt, wie es das geltende Tarifvertragsgesetz ohnehin tut, oder ob man ihm darüber hinaus verwehrt, sich Arbeitsbedingungen nach bestem Können zu sichern." 62)

Daß die Tarifausschlußklausel, wenigstens in ihrer Form als beschränkte Tarifausschlußklausel, wegen Ausübung eines unzulässigen Koalitionszwanges gegen Art. 9 Abs. 3 GG verstoße und deshalb nichtig sei, entspricht der herrschenden Meinung. 63) Freilich wird bei der Prüfung der Zulässigkeit ganz allgemein nur ein Unterschied zwischen allgemeiner und beschränkter Tarifausschlußklausel gemacht, nicht jedoch ausgesprochen, daß auch innerhalb der beiden Gruppen noch eine Trennungslinie zwischen zulässigen und unzulässigen Formen der Tarifausschlußklausel gezogen werden kann. Daß der von der Tarifausschlußklausel ausgehende Druck in der Richtung des Beitritts zu einer Gewerkschaft einen Eingriff in die Koalitionsfreiheit darstelle, wird einfach un-

61) S. 4

62) Gumpert, BB 60, 102

63) Diekhoff, DB 59, 1141; Dietz bei Bettermann-Nipperdey-Scheuner, S. 457 f. (allg. TAKl.); Heißner, RdA 60, 296 (beschr. TAKl.); Nipperdey bei Hueck-Nipperdey II, S. 122 (beschr. TAKl.); Kaskel-Dersch, S. 281 (beschr. TAKl.); Lehna, DB 59, 916; Weyerbrock, S. 36; BdA-Geschäftsbericht 1959, S. 60

terstellt. Hierbei ist in einzelnen Fällen von Zwang ausdrücklich die Rede 64), in anderen mag die Annahme von Zwang im Hintergrund stehen. Hier sind zwei Deutungen möglich: Einerseits kann man annehmen, daß der Zwang als eine klar umrissene Erscheinung, die einen Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 indiziert, aufgefaßt wird. Andererseits ist es denkbar, daß unter Zwang hier schon der gegen die Koalitionsfreiheit verstoßende Zwang verstanden wird, unter der stillen Voraussetzung, daß es auch einen Zwang gibt, der nicht gegen die Koalitionsfreiheit verstößt. In beiden Fällen fehlt ein Glied in der Begründung.

Soweit der Zwang als ein Indiz für einen Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit Verwendung findet, wäre näher darzulegen, was unter Zwang zu verstehen sei. Einigermassen klar ist die Definition des körperlichen Zwanges. Um ihn geht es hier aber nicht, sondern es geht um den Zwang in der Form der vis compulsiva; und hier ist es wohl schlechthin unmöglich, eine klare Grenze zwischen Zwang und Nichtzwang zu ziehen. Im Grunde handelt es sich um Willensbeeinflussung, ob man in ihr nun Zwang sehen will oder nicht, und man kann wohl überhaupt nur nach der Stärke der Beeinflussung unterscheiden, nicht aber Zwang und Nichtzwang gegeneinander abgrenzen. Was Zwang im rechtlichen Sinne ist, läßt sich ohne rechtliche Erwägungen gar nicht sagen, und, wo solche Erwägungen im Spiel sind, geht es schon nicht mehr eigentlich um Zwang und Nichtzwang, sondern um die Unterscheidung von Zwang, der in die Koalitionsfreiheit eingreift, und solchem, der sie nicht verletzt. Aber auch hier darf nicht mit Unterstellungen gearbeitet werden, sondern es ist zu begründen, warum in dem einen Fall ein Eingriff in die Koalitionsfreiheit vorliegt und warum im anderen nicht. Dies unterlassen diejenigen, die von der Tarifausschlußklausel ohne nähere Begründung annehmen, sie übe einen gegen Art. 9 Abs. 3 GG verstoßenden Koalitionszwang auf die Außenseiter aus.

HESSEL 65) stellt hingegen solche Überlegungen an. Er kommt durch sie freilich zu der Überzeugung, daß die Tarifausschlußklausel unter dem Gesichtspunkt der Koalitionsfreiheit in keinem Falle rechtswidrig sei 66), von dem Falle, daß sie die Geltung von Solidarnormen ausschließen will, abgesehen. Hierin kann wiederum ihm nicht zugestimmt werden. Er berücksichtigt nicht, daß auch Formen der Tarifausschlußklausel denkbar sind, die, wie oben ausgeführt wurde, mehr wollen, als den Außenseiter nur die Folgen spüren zu lassen,

64) Diekhoff, DB 59, 1142; Heußner, a.a.O.

65) a.a.O.

66) S. 209; er kommt allerdings auf anderem Wege zur Annahme der Unzulässigkeit (Eingriff in die Freiheit des Arbeitgebers!)

die sich für ihn aus der Betätigung seiner negativen oder positiven Koalitionsfreiheit ergeben.

II. Für die einzelnen Formen der Tarifausschlußklausel ergibt sich aus den bisherigen Überlegungen Folgendes:

1. Zulässig ist eine Klausel, die vorschreibt, daß den Außenseitern die tariflichen Bedingungen nicht in ursächlichem Zusammenhang mit dem Tarifvertrag gewährt werden dürfen, die die Außenseiter aber keinen weiteren Beschränkungen unterwirft. Praktisch denkbar ist freilich nur der Ausschluß der unmittelbaren Ursächlichkeit, der Ausschluß der Verbesserung der Außenseiter-Arbeitsbedingungen im "Gleichschritt" mit den tariflichen Vergünstigungen. Auf die lange Sicht wird die Folge von tariflichen Verbesserungen die Arbeitsbedingungen der Außenseiter zwar immer mit in die Höhe ziehen - dies beruht auf der Interdependenz der volkswirtschaftlichen Fakten - ; aber es wäre im einzelnen Fall so gut wie unmöglich, die Ursächlichkeit der Tarifverträge mit der erforderlichen Gewißheit nachzuweisen. Unzulässig ist wegen der Unterwerfung unter Beschränkungen, die über einen bloßen Ausschluß der unmittelbaren ursächlichen Wirkung hinausgehen, die Abstandsklausel, die praktisch wirksamste denkbare Form der Tarifausschlußklausel.

Zu den im Sinne dieser Abgrenzung zulässigen Klauseln sind insbesondere solche Vereinbarungen zu rechnen, wie sie auf S. 5 beschrieben wurden. In diesen Fällen wird für die Organisierten ein Sondervorteil geschaffen, der in der Form, in der er den Organisierten gewährt wird, den Außenseitern nicht zugutekommen kann. Der einleuchtendste Fall ist der, daß für die Organisierten zu dem Zwecke, ihnen einen besonderen Vorteil zukommen zu lassen, eigens eine Kasse, etwa eine Urlaubskasse oder eine Pensionskasse geschaffen wird, verbunden mit der Bestimmung, daß Außenseiter die Vorzüge der Kasse nicht genießen dürfen. Eine solche Klausel, die den Ausschluß der Außenseiter von der Kasse vorschreibt, ist als zulässig anzusehen, obwohl nicht zu verkennen ist, daß durch sie auf die Außenseiter evtl. ein sehr spürbarer Druck ausgeübt wird, in die Gewerkschaft einzutreten, dann nämlich, wenn der Arbeitgeber für die Außenseiter nicht eine ähnliche Institution ins Leben ruft oder ihnen den Nachteil aus der Zurückstellung, die sie erleiden, irgendwie auf andere Weise kompensiert. Das rechtlich erhebliche Merkmal dieser Art der Tarifausschlußklausel besteht darin, daß sie den Außenseiter nur von der speziell für die Organisierten geschaffenen Institution ausschließt und ihm nicht schlechthin die Möglichkeit nimmt, gleiche Vorteile auch für sich auszuhandeln.

Zusammenfassend kann gesagt werden: Der Arbeitgeber darf sich nicht zu einer Schlechterstellung der Außenseiter verpflichten und darf dazu auch nicht verpflichtet werden; denn durch eine solche Verpflichtung würde dem Außenseiter überhaupt die Möglichkeit genommen, im einzelvertraglichen Aushandeln, ohne Zusammenhang mit dem Tarifvertrag, Arbeitsbedingungen zu erlangen, die den tariflichen inhaltlich entsprechen. Hingegen ist es zulässig, einer ursächlichen Einwirkung des Tarifvertrags auf die Arbeitsbedingungen der Außenseiter auf eine solche Weise entgegenzuwirken, daß zur Gewährung bestimmter Sondervorteile eine Institution geschaffen wird, der nur organisierte Arbeitnehmer angeschlossen werden können.

2. Bei der Bezugnahmeklausel sind, wie bereits ausgeführt 67), zwei Formen denkbar.

In der einen Form schließt die Klausel die Bezugnahme auf den Tarifvertrag aus. Hier ist wiederum ein Fall gegeben, in dem lediglich die Ursächlichkeit des Tarifvertrages für die Arbeitsbedingungen der Außenseiter ausgeschlossen werden soll. Es geht vor allem um den Ausschluß einer Bezugnahme auf den jeweils geltenden Tarifvertrag; es ist aber auch denkbar, daß die Bezugnahme auf einen bestimmten Tarifvertrag ausgeschlossen werden soll. Ist in dem Arbeitsvertrag eines Außenseiters ausdrücklich oder stillschweigend eine bezugnehmende Bestimmung enthalten, so wird ein neu abgeschlossener Tarifvertrag unmittelbar ursächlich für eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen des Außenseiters. Eine solche Art der Bezugnahme auszuschließen, dürfte zulässig sein. 68) Der Außenseiter wird durch den Ausschluß nur in die Situation zurückgeworfen, in der er sich befände, wenn ausschließlich rechtliche Gesichtspunkte maßgebend wären und nicht auch der im Praktischen begründete Umstand, daß eine Bezugnahme in der genannten Form tatsächlich erfolgt.

Als zweite Form der Bezugnahmeklausel ist diejenige denkbar, die auch die Bezugnahme auf die in dem Betrieb allgemein gewährten Arbeitsbedingungen ausschließen will. Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden, nämlich der Ausschluß der Bezugnahme bei Neueinstellung eines Arbeitnehmers und der Ausschluß der Bezugnahme bei einer Änderung der Arbeitsbedingungen im Rahmen bereits bestehender Arbeitsverhältnisse.

67) vgl. S. 6

68) Gleicher Ansicht ist GUMPERT, BB 60, 103. Durch den Ausschluß der Bezugnahme werde nicht in das freie Recht des Nichtorganisierten eingegriffen, sich durch eigene Bemühungen die bestmöglichen Arbeitsbedingungen zu sichern.

Wenn ein Arbeitnehmer neu eingestellt wird, so wird meist nicht sehr viel über die Arbeitsbedingungen gesprochen, insbesondere dann, wenn er in eine untergeordnete Position einrücken soll. Vielfach interessiert den Bewerber zunächst nur, was er an Lohn oder Gehalt zu erwarten hat und wie sein Arbeitsplatz aussehen wird. Im übrigen einigt man sich stillschweigend darüber, daß dem "Neuen" dieselben Arbeitsbedingungen gewährt werden, die auch die anderen Arbeitnehmer in gleichen Positionen erhalten. Es findet hier also Bezugnahme in weitem Umfange statt. Bezugnahme auf diejenigen Arbeitsbedingungen, die in dem Betrieb allgemein gewährt werden. Um Bezugnahme handelt es sich dagegen selbstverständlich nicht, soweit eine ausdrückliche Einigung über die Arbeitsbedingungen stattfindet.

Hier geht es nun darum, zu entscheiden, ob es sich in solchen Fällen im Grunde doch um eine Bezugnahme auf den Tarifvertrag handelt; denn nur in einem solchen Falle kann nach den bisherigen Ausführungen der Ausschluß der Bezugnahme als zulässig angesehen werden. Auszugehen ist von dem markantesten Fall, daß die Arbeitsbedingungen der Außenseiter in dem betreffenden Betrieb genau nach Tarif gestaltet sind. Hier mag man zu der Ansicht neigen, daß es sich, auch wenn vom Tarifvertrag nicht die Rede ist, sondern von den Arbeitsbedingungen, die in dem Betriebe allgemein gewährt werden, in Wirklichkeit um eine Bezugnahme auf den Tarifvertrag handle. Indessen ist nicht zu verkennen, daß im Augenblick die Bezugnahme die tariflichen Bedingungen in dem Betriebe bereits allgemein herrschen und ohne Rückgriff auf den Tarifvertrag objektiv feststellbar sind. Es hat vielleicht einmal eine Bezugnahme auf den Tarifvertrag stattgefunden; aber auch dies ist nicht einmal mit Notwendigkeit anzunehmen, da, eventuell infolge einer bereits bestehenden Bezugnahmeklausel, die tariflichen Bedingungen den Außenseitern unter Aufführung jeder einzelnen Vertragsbestimmung gewährt worden sein können. Es ist rechtlich kaum haltbar, bei der Neueinstellung eine Bezugnahme auf den Tarifvertrag selbst dann anzunehmen, wenn davon, auch stillschweigend, keine Rede ist. Eine Tarifausschlußklausel, die für den Fall der Einstellung eine Bezugnahme auf die in dem Betriebe allgemein gewährten Arbeitsbedingungen verbietet, ist daher als unzulässig anzusehen.

Anders ist es, wenn es um die Bezugnahme im Rahmen bereits bestehender Arbeitsverhältnisse geht. Wenn einem Außenseiter, der in einem Betrieb beschäftigt ist, die betriebsüblichen Arbeitsbedingungen gewährt werden und wenn diese sich nach dem Tarifvertrage richten, so handelt es sich tatsächlich um unmittelbare Bezugnahme auf den Tarifvertrag. Solange die tariflichen Arbeitsbedingungen nur für die organisierten Arbeitnehmer gelten (und dies ist auf Grund des Tarifvertrages ja zunächst einmal der Fall), sind sie noch nicht be-

triebsüblich. Dies werden sie erst dann, wenn sie auch den Außenseitern eingeräumt werden. Hier darf man aber nicht von dem einzelnen Außenseiter allein ausgehen, sondern es ist zu berücksichtigen, daß die Außenseiter ja alle im gleichen Zeitpunkt in den Genuß der tariflichen Arbeitsbedingungen geraten, so daß keiner für sich in Anspruch nehmen kann, die Arbeitsbedingungen seien bereits betriebsüblich und es handle sich bei ihm folglich um Bezugnahme auf die betriebsüblichen Arbeitsbedingungen, nicht aber um Bezugnahme auf den Tarifvertrag. Es ist eben so, daß die tariflichen Arbeitsbedingungen betriebsüblich erst dadurch werden, daß bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen der Außenseiter kollektiv auf den Tarifvertrag bezuggenommen wird. Dann aber handelt es sich in der Tat um eine echte Bezugnahme auf den Tarifvertrag, deren Ausschluß zulässig ist.

3. Zu entscheiden bleibt noch über die Zulässigkeit der AVE-Klausel.

Diese Klausel ist geeignet, diejenigen Arbeitnehmer anzureizen, einer Gewerkschaft beizutreten, die damit unter die Wirksamkeit des Tarifvertrages kämen. Daraus ergibt sich zunächst, daß die AVE-Klausel nur in der Form der beschränkten Tarifausschlußklausel denkbar ist; denn die unmittelbare und zwingende Wirkung des Tarifvertrages (um deren Ausdehnung auf die Außenseiter es bei der Allgemeinverbindlicherklärung ginge) erfaßt nur die Mitglieder derjenigen Gewerkschaft, die den Tarifvertrag abgeschlossen hat. Es ergibt sich ferner, daß Arbeitnehmer, die bei einem nicht unter den Tarifvertrag fallenden Arbeitgeber beschäftigt sind, auch dann, wenn sie von einer Allgemeinverbindlicherklärung erfaßt werden könnten, nicht zum Eintritt in die Gewerkschaft gedrängt werden; denn sie vermöchten ja nicht die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers herbeizuführen, so daß sie auch durch den Beitritt zur Gewerkschaft die tariflichen Bedingungen nicht erlangen würden. Schließlich werden Außenseiter auch dann sich nicht zum Beitritt bemüßigt fühlen, wenn sie zwar bei einem tarifgebundenen Arbeitgeber in Diensten stehen, jedoch, was heute die Regel ist, auch ohne die eigene Tarifgebundenheit die tariflichen Vorteile genießen. Die AVE-Klausel wird also überhaupt nur auf solche Arbeitnehmer einwirken, die bei einem tarifgebundenen Arbeitgeber zu untertariflichen Bedingungen beschäftigt sind, da sie durch den Beitritt zur Gewerkschaft die tariflichen Bedingungen zu erlangen vermöchten.

Ist somit das Feld, auf dem die AVE-Klausel mit dem Art. 9 Abs. 3 GG in Konflikt geraten könnte, auch gering, so spricht dies doch nicht für ihre Zulässigkeit; denn das Recht fragt nicht danach, wie viele Rechtsverletzungen von einem Verhalten ausgehen, sondern es genügt, daß das Recht überhaupt verletzt wird, und es muß die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts sogar dann angenommen werden, wenn nicht die Möglichkeit einer darauf beruhenden

Rechtsverletzung aus rechtlichen Erwägungen - praktische genügen nicht - ausgeschlossen werden kann.

Indessen wird sich die Zulässigkeit der AVE-Klausel aus denselben rechtlichen Erwägungen ergeben wie die der Bezugnahmeklausel, soweit diese als zulässig anzusehen ist. Auch bei der AVE-Klausel ist grundsätzlich davon auszugehen, daß der Außenseiter die Nachteile, die sich für ihn aus dem Gebrauch seiner negativen oder positiven Koalitionsfreiheit ergeben, hinnehmen muß. Auf die Auslegung des Art. 9 Abs. 3 hat die Tatsache, daß das Tarifvertragsgesetz die Möglichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung geschaffen hat, keinen Einfluß. Dies gilt nicht nur deswegen, weil das Tarifvertragsgesetz unabhängig von Art. 9 Abs. 3 besteht, sondern insbesondere deswegen, weil in der Zweckrichtung des Instituts der Allgemeinverbindlicherklärung die Koalitionsfreiheit der Außenseiter überhaupt keine Rolle spielt. Die Allgemeinverbindlicherklärung schützt ihrem ursprünglichen Sinn entsprechend die Interessen der Verbandsmitglieder, die von den Außenseitern nicht in "Schmutzkonkurrenz" unterboten werden sollen; wenn man so will: sie schützt die positive Koalitionsfreiheit der Verbandsmitglieder, indem sie die praktische Wirksamkeit des Zusammenschlusses zu sichern trachtet. Keineswegs geht es um die Koalitionsfreiheit der Außenseiter; diese ist höchstens die Grenze, die dem Institut der Allgemeinverbindlicherklärung gesetzt ist. So kann in sie auch nicht eingegriffen werden, wenn die Arbeitgeberseite sich in einem Tarifvertrag verpflichtet, von ihrem Recht, die Allgemeinverbindlicherklärung zu beantragen, keinen Gebrauch zu machen.

Unter dem Gesichtspunkt der Koalitionsfreiheit ist die AVE-Klausel daher als zulässig anzusehen. 69)

69) An dieser Stelle sei auch gleich, obwohl ein Zusammenhang mit der Koalitionsfreiheit nicht besteht, auf einen zu erwartenden Einwand aus dem Recht der Allgemeinverbindlicherklärung eingegangen. Es ist denkbar, daß geltend gemacht wird, das Recht, die Allgemeinverbindlicherklärung zu beantragen, sei öffentlich-rechtlicher Natur und auf ein subjektiv-öffentliches Recht könne man nicht verzichten. Hiergegen ist zu sagen, daß es bei der AVE-Klausel gar nicht um einen Verzicht geht, also um eine vertragliche Aufhebung des Antragsrechts, sondern nur um eine schuldrechtliche Verpflichtung, von dem Recht keinen Gebrauch zu machen; das sind zwei grundsätzlich verschiedene Dinge.

TARIFAUSSCHLUSSKLAUSEL UND RECHT DER FREIEN
ARBEITSPLATZWahl (Art. 12 Abs. 1 GG)

Art. 12 Abs. 1 GG schützt insbesondere das Recht der freien Berufswahl und der freien Berufsausübung, daneben aber nach seinem ausdrücklichen Wortlaut auch das Recht der freien Arbeitsplatzwahl. Nun steht fest, daß ein Arbeitnehmer in der Regel seinen Arbeitsplatz nach den dort gewährten Arbeitsbedingungen auswählen wird. Werden die Außenseiter von einem bestimmten Arbeitgeber schlechter gestellt als die bei ihm beschäftigten organisierten Arbeitnehmer, so geht hiervon ein Einfluß auf die Wahl des Arbeitsplatzes aus. Arbeitnehmer, die nach dem Inhalt der Tarifausschlußklausel benachteiligt werden sollen, werden sich u.U. bei dem betreffenden Arbeitgeber nicht um einen Arbeitsplatz bewerben oder sie werden sich, sofern sie bei dem Arbeitgeber bereits in Arbeit stehen, zur Kündigung bewogen fühlen. In diesen Fällen erhebt sich die Frage, ob durch die Benachteiligung der Außenseiter in deren Recht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes eingegriffen wird. Dies gilt insbesondere auch für den Fall der Kündigung vonseiten des benachteiligten Arbeitnehmers; nach h.M. bezieht sich Art. 12 Abs. 1 GG nicht nur auf die Begründung eines Arbeitsverhältnisses, sondern er gewährt auch die Freiheit, einen Arbeitsplatz beizubehalten, aufzugeben und zu wechseln. 70)

I. Da es sich bei der Tarifausschlußklausel um eine privatrechtliche Vereinbarung handelt, kommt es hier, ebenso wie bei Art. 9 Abs. 3 GG, zunächst einmal darauf an, ob Art. 12 Abs. 1 überhaupt mit Drittwirkung ausgestattet ist. Im Zusammenhang mit der Frage nach der Drittwirkung des Art. 9 Abs. 3 wurde bereits ausgeführt, daß es sich dort, wegen Art. 9 Abs. 3 Satz 2, um eine Ausnahmeregelung handle und daß im übrigen den Grundrechten eine unmittelbare Drittwirkung nicht zukomme. 71) Dies trifft, entgegen der Ansicht des Bundesarbeitsgerichts 72), auch auf Art. 12 Abs. 1 zu. 73) Zur Begründung dieser Ansicht kann auf die Ausführungen zu Art. 9 Abs. 3 verwiesen werden.

70) v. Mangoldt-Klein, Art. 12, Anm. III 3; zustimmend BAGE 13, 177 und Bachof bei Bettermann-Nipperdey-Scheuner, III 1, S. 251.

71) S. 20

72) BAGE 13, 174 ff. und AP Nr. 4 zu § 133 f GewO

73) ebenso Hamann, Art. 12, Anm. A 3, und v. Mangoldt-Klein; Art. 12, Anm. VI 2 a

II. Eigentlich könnte die Untersuchung hier bereits abgebrochen werden, da schon durch die Verneinung der Drittwirkung ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 ausgeschlossen wäre. Indessen soll, insbesondere mit Rücksicht auf die gegenteilige Ansicht des Bundesarbeitsgerichts, auch die Frage untersucht werden, ob bei Annahme der Drittwirkung eine Verletzung des Rechts der freien Arbeitsplatzwahl gegeben wäre.

1. Es kommt auch hier wiederum darauf an, auf welche Weise von privater Seite auf die Arbeitsplatzwahl des Einzelnen Einfluß genommen werden darf. Die Fragestellung ist hier ganz anders als in den Fällen, in denen es um einen staatlichen Eingriff geht. Dort genügt in der Regel der Nachweis, daß überhaupt auf die Arbeitsplatzwahl Einfluß genommen wird. Zwar handelt es sich auch bei staatlicher Einflußnahme nicht um unmittelbaren Zwang, sondern um Zwang durch Androhung irgendwelcher Nachteile; doch kann von den staatlichen Zwangsmitteln, deren Zahl begrenzt ist und deren Art unabhängig ist von der Rechtsordnung bestimmter rechtlicher Vorschriften, meist ohne nähere Prüfung angenommen werden, daß sie sich nicht in die Rechtsordnung dieser Bestimmungen, hier des Art. 12 Abs. 1 GG, einfügen. 74) Viel weiter gestreut sind hingegen die Möglichkeiten, mit denen von privater Seite auf die Bildung eines Entschlusses Einfluß genommen werden kann. Dort genügt daher nicht der Nachweis, daß überhaupt eine Einflußnahme auf den Entschluß gegeben sei; nur beim Staat impliziert ein solcher Nachweis, daß hinter der Anordnung die stereotypen staatlichen Zwangsmittel stehen, nicht dagegen bei Privatpersonen. Man muß hier deshalb, wie bei Art. 9 Abs. 3, zwischen zulässigen und unzulässigen Formen der Entscheidungsbeeinflussung unterscheiden.

Im "Apotheken-Urteil" des Bundesverfassungsgerichtes 75) ist ein Satz enthalten, der sich als Ausgangspunkt für die Überlegungen zu dieser Frage eignen dürfte: Art. 12 Abs. 1 "gewährleistet dem Einzelnen das Recht, jede Tätigkeit, für die er sich geeignet glaubt, als ‚Beruf‘ zu ergreifen". 76) Das Bundesverfassungsgericht geht hier von der wohl selbstverständlichen Tatsache aus, daß jemand einen Beruf wählt, weil er glaubt, für ihn geeignet zu sein. Auf die Wechselbeziehung zwischen dem wählenden Rechtssubjekt und dem gewählten Beruf kommt es an. Dazu gehört aber auch, daß der Wählende 74) Hier ist auch der Grund dafür zu suchen, daß man zur Unterscheidung zulässiger und unzulässiger Beeinflussungsmittel so gut wie keine Literatur findet; die Literatur befaßt sich meist mit staatlichen Eingriffen, bei denen aus den angegebenen Gründen dieses Problem nicht auftritt oder wenigstens vernachlässigt werden kann.

75) BVerfGE 7, 377 ff.

76) S. 397

sich für einen bestimmten Beruf entscheidet, weil er glaubt, daß dieser für ihn geeignet sei. Aus diesem Zusammenwirken zwischen der Eignung des Rechtssubjekts für den Beruf und der Eignung des Berufs für das Rechtssubjekt erwächst die Entscheidung für einen bestimmten Beruf und diese Entscheidung ist es im Grunde, die Art. 12 Abs. 1 schützen will.

Nichts anderes gilt für die Wahl des Arbeitsplatzes. Nun kommt es aber darauf an, zu erkennen, daß sich das Urteil des Einzelnen über seine Eignung für einen Arbeitsplatz und über die Eignung des Arbeitsplatzes für ihn irgendwie auf Tatsachen stützen wird, und das Problem liegt in der richtigen Abgrenzung zwischen solchen Tatsachen, die nach dem Sinn des Art. 12 Abs. 1 auf die Entscheidung ungehindert sollen Einfluß nehmen dürfen, und solchen, die, da sie die Entscheidung in unzulässiger Weise beeinflussen, von einem Rechtssubjekt nicht gesetzt werden dürfen. Die Tarifausschlußklausel setzt einen Tatbestand, der auf die Wahl des Arbeitsplatzes Einfluß nimmt. Dieser Tatbestand ist die Schlechterstellung der Außenseiter. Er gehört zu der Tatsachengrundlage, aus der sich das Urteil des Einzelnen über die Eignung des Arbeitsplatzes ergibt. So spitzt sich die Frage darauf zu, ob die Setzung dieses das Urteil über die Eignung des Arbeitsplatzes beeinflussenden Tatbestandes unter dem Gesichtspunkt des Art. 12 Abs. 1 zulässig sei. Es ist darüber zu entscheiden, welche Tatsachen dieses Urteil in seinem Zustandekommen beeinflussen dürfen.

Ausgangspunkt ist die selbstverständliche Tatsache, daß niemand als Arbeitnehmer einen Arbeitsplatz einseitig wählen und niemand die Bedingungen für seinen Arbeitsplatz einseitig gestalten kann, sondern daß dazu die Mitwirkung des Arbeitgebers, dessen Einverständnis, erforderlich ist. Dies bedeutet, daß der Arbeitgeber vom Ansatz des Art. 12 Abs. 1 her nicht in seinem Recht beschränkt ist, frei über die Einstellung eines Arbeitnehmers und über die Arbeitsbedingungen, die diesem in Aussicht gestellt werden, zu bestimmen. Es bedeutet ferner, was selbstverständlich ist, daß der Arbeitgeber durch Art. 12 Abs. 1 nicht daran gehindert wird, einem Arbeitnehmer zu kündigen, und insbesondere, daß er einen Arbeitnehmer auch dadurch "hinausekeln" kann, daß er ihn bei der nächsten tariflichen Verbesserung der Arbeitsbedingungen den Organisierten nicht gleichstellt. Da dies alles zulässig bleibt, so kann man den Inhalt des Art. 12 Abs. 1, soweit er die freie Arbeitsplatzwahl im Rahmen unselbständiger Arbeit schützt, folgendermaßen umreißen: er schützt die Freiheit des Einzelnen, auf die ihm von einem Arbeitgeber gebotenen Arbeitsbedingungen einzugehen, ohne daran durch Einflüsse von dritter Seite gehindert zu werden. Der Arbeitnehmer oder der Arbeitsuchende soll gerade ohne Behinderung auf das eingehen können, was ihm von den verschiedenen Arbeitgebern geboten wird. So kann es von vornherein nicht zutreffen, daß er durch Art. 12

Abs. 1 gegen eine Beeinflussung geschützt wird, die von einer in seinem Sinne negativen Gestaltung der Arbeitsbedingungen ausgeht. Im Gegenteil: der Schutz bezieht sich gerade darauf, daß dieser Einfluß sich voll durchsetzen könne. Ein Arbeitsvertrag, der nach Abwägung der Arbeitsbedingungen verschiedener Arbeitsplätze zustandekommt, kann daher grundsätzlich nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG verstoßen.

Das Bundesarbeitsgericht leugnet zwar an einer Stelle, daß die Vertragsfreiheit sich gegen Art. 12 Abs. 1 durchsetze. 77) Indessen handelt es sich dort um einen Fall, in dem der Arbeitnehmer durch eine Besonderheit seiner Arbeitsbedingungen am Arbeitsplatz festgehalten wird, während er im Falle der Tarifausschlußklausel von ihm ferngehalten oder dazu veranlaßt wird, ihn aufzugeben. Das sind zwei grundsätzlich verschiedene Fälle. Art. 12 Abs. 1 verpflichtet den Arbeitgeber nicht, seine Arbeitsplätze mit Bedingungen auszustatten, die den Arbeitnehmern als attraktiv erscheinen. Deshalb ist es ihm erlaubt, den Außenseitern schlechtere Arbeitsbedingungen einzuräumen als den Organisierten. Hingegen dürfte das Bundesarbeitsgericht in dem von ihm entschiedenen Falle rechthaben. Es kann nicht zulässig sein, daß der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zwar für die Zeit der Beschäftigung günstige Arbeitsbedingungen gewährt, im Arbeitsvertrag aber für den Fall des Ausscheidens mit dem Arbeitnehmer den Eintritt eines Nachteiles vereinbart, der über den bloßen Wegfall der günstigen Arbeitsbedingungen weit hinausgeht (Zahlung einer Art von Abstandssumme). Dies ist jedoch nicht der Fall der Tarifausschlußklausel.

2. Zu entscheiden bleibt noch die Frage, ob der Arbeitgeber sich verpflichten (oder, durch seinen Verband, verpflichtet werden) könne, die Arbeitsbedingungen der Außenseiter schlechter zu gestalten als die der organisierten Arbeitnehmer; denn um eine solche Verpflichtung geht es bei der Tarifausschlußklausel. Grundsätzlich gilt, daß man sich zu etwas, was man freiwillig tun darf, auch verpflichten kann, da die Eingehung der Verpflichtung eigentlich nur eine Vorwegnahme eines solchen Entschlusses im Einzelfall ist. Freilich war es bei Art. 9 Abs. 3 gerade die Verpflichtung, die sich als unzulässig erwies. 78) Sie mußte als unzulässig angesehen werden, da durch sie der Außenseiter schlechter gestellt würde, als er auf Grund der Ausübung seiner negativen oder positiven Koalitionsfreiheit allein stünde. Es handelte sich dort aber um eine besondere Rechtslage, die in Bezug auf Art. 12 Abs. 1 auch nicht in analoger Form wiederkehrt.

77) BAGE 13, 177

78) S. 28

III. Bei Anwendung dieser Gedanken auf die einzelnen Formen der Tarifausschlußklausel ergibt sich folgendes: Zunächst dürfte feststehen, daß die Tarifausschlußklausel in jeder ihrer Ausprägungen im engeren oder weiteren Sinne auf die Arbeitsbedingungen Einfluß nimmt. Um Arbeitsbedingungen handelt es sich, wenn für den Außenseiter die Notwendigkeit besteht, die tariflichen Arbeitsbedingungen jeweils ausdrücklich für sich zu vereinbaren, weil sie nicht von selbst, insbesondere über die Bezugnahme, auf die Arbeitsbedingungen der Außenseiter gestaltend einwirken. Um Arbeitsbedingungen im weiteren Sinne handelt es sich auch dann, wenn infolge der AVE-Klausel keine Aussicht besteht, über eine Allgemeinverbindlicherklärung an die tariflichen Arbeitsbedingungen heranzukommen. Und schließlich handelt es sich insbesondere dann um Arbeitsbedingungen, wenn die Tarifausschlußklausel, wie in ihrer praktisch wirksamsten Form, der der Abstandsklausel, die Außenseiter auf bestimmte Arbeitsbedingungen oder auf einen bestimmten Abstand von den Arbeitsbedingungen der organisierten Arbeitnehmer festlegt. Da der Arbeitgeber nach dem, was hier ausgeführt wurde, völlig frei darüber entscheiden darf, welche Arbeitsbedingungen er dem einzelnen Arbeitnehmer anbietet, kann er den Außenseitern grundsätzlich schlechtere Arbeitsbedingungen zugestehen als den organisierten Arbeitnehmern und er kann sich nach dem Gesagten auch dazu verpflichten. Eine solche Selbstverpflichtung liegt mittelbar auch dann vor, wenn der Verband, dem der Arbeitgeber angehört, die Tarifausschlußklausel geschlossen hat, da der Arbeitgeber durch seinen Beitritt summarisch die Verbandsbeschlüsse billigt. Es ist daher zu entscheiden, daß die Tarifausschlußklausel im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG in jeder ihrer Formen zulässig ist. 79)

79) im Ergebnis ebenso Nipperdey bei Hueck-Nipperdey II, S. 123; a.M. Gumpert, BB 60, 102

§ 5

TARIFAUSSCHLUSSKLAUSEL UND FREIHEIT DER
MEINUNGSÄUSSERUNG (Art. 5 Abs. 1 GG)

Schon in der Literatur zu Art. 118 WRV wurde die Frage erörtert, ob eine Organisationsklausel gegen das Recht der freien Meinungsäußerung verstoßen könne. 80) HANNES 81) wirft sie auch für das heutige Recht auf. Unerwähnt bleibt freilich die Tarifausschlußklausel. Es ist jedoch davon auszugehen, daß sich die Tarifausschlußklausel in diesem Zusammenhang nicht von der Organisationsklausel unterscheidet. Beider Wirkung besteht darin, daß der Arbeitnehmer sich zum Eintritt in eine Gewerkschaft entschließt; da es berechtigt scheint, in dem Beitritt oder Nichtbeitritt zu einer Gewerkschaft als Nebenerscheinung auch eine Meinungsäußerung zu sehen 82) (es äußert sich die "gewerkschaftliche Einstellung"), so mag man der Ansicht sein, daß sowohl die Organisationsklausel wie die Tarifausschlußklausel gegen das Recht der freien Meinungsäußerung, Art. 5 Abs. 1 GG, verstoßen. Dies ist indessen noch näher zu untersuchen.

I. Von entscheidender Bedeutung ist auch bei Art. 5 Abs. 1 GG die Frage nach der Drittwirkung. Hier gilt nichts anderes als, was die grundsätzlichen Ausführungen zur Drittwirkung im Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 3 ergeben haben. Eine unmittelbare Drittwirkung kann dem Art. 5 Abs. 1 keineswegs zugeschrieben werden, sondern es wirkt auch er nur über die Generalklauseln des Privatrechts auf privates Handeln ein. 83) Anderer Ansicht ist freilich auch hier

80) Biensfeldt, NZfA 23, 764; Gätcke, S. 31; Kurlbaum bei Kaskel, Koalitionen, S. 86; Nipperdey, Grundrechte, S. 422 f.; Nolting-Hauff, NZfA 28, 462; Richter, VA 32, 21; Weyerbrock, S. 18

81) S. 121

82) Die Meinung braucht nicht unbedingt, in klassischer Form, durch "Wort, Schrift und Bild" (Art. 5 Abs. 1 GG) geäußert zu werden. Dem Schutz der Verfassung zugänglich ist grundsätzlich jede Form der Meinungsäußerung, was heute nicht etwa deshalb anders ist, weil Art. 5 GG die Generalklausel "in sonstiger Weise" des Art. 118 WRV nicht mehr enthält; diese Weglassung hat keine materiell-rechtliche Bedeutung (Ridder, S. 274). Auch ist es nicht unbedingt erforderlich, daß das Verhalten, in dem die Meinungsäußerung enthalten ist, sich in ihr erschöpfe, was Hellwig (S. 18) hervorhebt.

83) v. Mangoldt-Klein, Art. 5, Anm. II 7 (freilich mit der nicht näher begründeten Einschränkung, daß der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer arbeitsrechtlich kraft des bestehenden Arbeitsverhältnisses nicht hindern darf, ihre Meinung frei zu äußern); Maunz, S. 90

wiederum das Bundesarbeitsgericht 84), indem es für eine unmittelbare Drittwirkung eintritt. 85)

Erhebliche Bedenken gegen eine Drittwirkung des Art. 5 Abs. 1 dürften sich schon daraus ergeben, daß es dem Art. 5 Abs. 1 an der dafür erforderlichen Bestimmtheit fehlt. 86) Es scheint zwar hinreichend klar zu sein, was geschützt werden soll. Indessen ist durchaus ungeklärt und wohl auch nicht, wenigstens nicht allgemein, klärbar, auf welche Weise von privater Seite auf die Meinungsäußerung Einfluß genommen werden darf. Auch hier sind es wiederum zwei völlig verschiedene Dinge, ob es sich um einen staatlichen Eingriff handelt, hinter dem die staatlichen Zwangsmittel stehen, oder um einen Eingriff von privater Seite. Geht es um einen Eingriff des Staates, so macht die Entscheidung gewöhnlich keine allzugroßen Schwierigkeiten, da die staatlichen Zwangsmittel außerhalb der Rechtsordnung des Art. 5 stehen, also kaum als eine dem Sinn des Artikels angepaßte Form der Beeinflussung gelten können. Anders bei Beeinflussung von privater Seite. Hier ist eine unbegrenzte Zahl von Möglichkeiten denkbar, die gewiß nicht alle von vornherein dem System des Art. 5 Abs. 1 fremd zu sein brauchen. Nun dürfte aber unter ihnen eine Abgrenzung zwischen systemfremden und solchen, die sich in das System des Art. 5 Abs. 1 einfügen, nicht möglich sein, ganz anders als bei Art. 9 Abs. 3 und Art. 12 Abs. 1, bei denen sich bestimmte Formen der Entscheidungsbeeinflussung als stets zulässig herauschälen ließen. Wegen der darin enthaltenen Unbestimmtheit ist Art. 5 Abs. 1 gegenüber privatem Handeln nicht unmittelbar anwendbar.

II. Für die nun folgenden Ausführungen soll einmal unterstellt werden, daß Art. 5 Abs. 1 GG mit Drittwirkung ausgestattet sei. Dann ergibt sich die Lösung aus folgendem Gedankengang:

Man überlege einmal, an der Äußerung welcher Meinung ein Arbeitnehmer durch die Tarifausschlußklausel infolge der durch sie hervorgerufenen Notwendigkeit, sich einer Gewerkschaft anzuschließen, gehindert werden kann! Ein Beispiel mag hier zur Verdeutlichung dienen: Ein Arbeitnehmer, an sich Anhänger der christlichen Gewerkschaftsbewegung, sieht sich durch eine Tarif-

84) AP Nr. 2 zu § 13 KSchG

85) so auch schon das Reichsarbeitsgericht (10, 33 f.) zu Art. 118 WRV, der jedoch eine ähnliche Bestimmung enthielt wie Art. 9 Abs. 3 GG in seinem Satz 2.

86) Diese Bestimmtheit wird von v. Mangoldt-Klein Vorb. A II 4 e (S. 68) als Voraussetzung der Drittwirkung angesehen. Klein hält freilich bei Art. 5 Abs. 1 die Bestimmtheit für gegeben (a. a. O.; vgl. ferner Art. 5, Anm. II 7).

ausschlußklausel gezwungen, sich einer DGB-Gewerkschaft anzuschließen. Er wird hierdurch gehindert, sich durch Beitritt zum Christlichen Gewerkschaftsbund als Anhänger der christlichen Gewerkschaftsbewegung zu bekennen. Es wäre aber verfehlt, hieraus auf eine Verletzung seiner Freiheit der Meinungsäußerung zuzuschließen. Es ist ja nicht so, daß ein Arbeitnehmer einer Gewerkschaft nur deswegen beitrifft, weil er ihre grundsätzlichen Ziele billigt, sondern auch deswegen, weil er an ihren alltäglichen Erfolgen teilnehmen will. Wer einer Gewerkschaft beitrifft, gibt dadurch zu erkennen, daß er es unter Abwägung aller Umstände für am günstigsten hielt, unter den mehreren zur Wahl stehenden Gewerkschaften gerade ihr anzugehören. Dies ist die einzige Meinung, die er durch seine Mitgliedschaft als solche kundgibt. Will er zum Ausdruck bringen, daß er der Gewerkschaft hauptsächlich wegen ihrer ideologischen Grundrichtung angehört, so genügt seine Mitgliedschaft hierzu nicht, sondern er muß sonst irgendetwas unternehmen, um seine Meinung, seine Billigung der ideologischen Richtung der Gewerkschaft, zu äußern. In den meisten Fällen werden mehrere Motive über den Eintritt in eine Gewerkschaft bestimmen; manche werden dafür sprechen, manche dagegen, und aus ihrer gegenseitigen Abwägung ergibt sich der Entschluß zum Eintritt oder zum Fernbleiben.

Daraus ergibt sich, daß eine Tarifausschlußklausel, indem sie einen Arbeitnehmer zum Eintritt in irgendeine oder eine bestimmte Gewerkschaft veranlaßt, nicht die Freiheit der Meinungsäußerung beschränkt, sondern Einfluß auf die Meinungsbildung selbst nimmt, nicht anders, als dies in dem Beispiel, in völlig zulässiger Weise, die DGB-Gewerkschaft täte, wenn sie ihren Mitgliedern besonders günstige Tarifverträge zu "bieten" hätte; auch sie würde in diesem Fall manchen Anhänger der christlichen Gewerkschaftsbewegung in ihr Lager locken und ihn dazu veranlassen, hierbei seine ideologischen Ansichten hintanzustellen. Ein Einfluß auf die Meinungsbildung selbst kann aber, wenigstens im Regelfall, nicht als unzulässig angesehen werden.

Folgt man der hier dargelegten Ansicht nicht, ist man also der Meinung, es handle sich nicht um eine Meinungsänderung, sondern tatsächlich um die Hinderung an der Äußerung einer bestehenden Meinung, so ergibt sich aus einer weiteren Überlegung, daß ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 nicht angenommen werden kann:

Art. 5 Abs. 1 gewährleistet die Freiheit der Meinungsäußerung überhaupt. Wer seine Meinung äußern will, darf daran nicht gehindert werden, auch darf ihm die Äußerung seiner Meinung nicht wesentlich erschwert werden. Aber er hat wohl keinen Anspruch darauf, daß er seine Meinung in jeder beliebigen Form äußern darf. So ist es wohl durchaus kein Eingriff in die Freiheit der Meinungsäußerung, wenn jemandem die Möglichkeit entzogen wird, seine Meinung in

einer bestimmten Form zu äußern, wenn ihm aber zugleich sämtliche anderen Möglichkeiten offenbleiben. Dieser Ansicht war schon das Reichsgericht 87) in Bezug auf Art. 118 WRV. Heute vertritt sie, im "Lüth-Urteil", das Bundesverfassungsgericht 88): "Es ist also nicht richtig, wenn er behauptet, er werde in der Teilnahme am Wahlkampf ernstlich behindert, wenn ihm gerade diese Form der Meinungsbekundung unmöglich gemacht werde... Alle anderen, nämlich die allgemein üblichen Formen der Meinungsäußerung, stehen ihm ebenso wie anderen Bürgern zur Verfügung." Hieraus ergibt sich, daß ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 GG nicht schon darin zu sehen ist, daß einem Arbeitnehmer die Möglichkeit entzogen wird, seine gewerkschaftliche Einstellung gerade durch den Beitritt oder Nichtbeitritt zu einer Gewerkschaft zu bekunden. Die Tarifausschlußklausel ist also auch unter diesem Gesichtspunkt als zulässig anzusehen.

Etwas zu einfach machen es sich freilich diejenigen 89), die in der Tarifausschlußklausel oder der Organisationsklausel schon deshalb keinen Verstoß gegen das Grundrecht der freien Meinungsäußerung sehen, weil Art. 5 Abs. 1 GG (bzw. Art. 118 WRV) nur die unmittelbare Meinungsäußerung schütze, nicht aber "ein Verhalten, das auf die Gesinnung und Haltung des einzelnen schließen läßt" 90). Richtig daran ist, daß ein Verhalten, das auf eine Meinung nur schließen läßt, den Schutz der Verfassung nicht genießt; denn es handelt sich in einem solchen Falle gar nicht um eine Meinungsäußerung im ursprünglichen Sinne, höchstens um das Sichtbarwerden einer Meinung. Vielleicht sollte man aber doch nicht mit solcher Selbstverständlichkeit unterstellen, daß der Beitritt zu einer Gewerkschaft oder das Fernbleiben von ihr in jedem Falle nur auf einer Meinung beruhe und nicht auch nebenher als bewußte Meinungsäußerung aufgefaßt werden könne.

87) RGSt 59, 159 f.; a.M. Hellwig, S. 22

88) BVerfGE 7, 237

89) Hannes, S. 121; Nipperdey, Grundrechte, S. 422 f.; Richter, VA 32, 21; Weyerbrock, S. 18

90) Nipperdey, a.a.O., S. 423

§ 6

TARIFAUSSCHLUSSKLAUSEL UND GLEICHBEHANDLUNG

I. Nach dem Inhalt der Tarifausschlußklausel sollen die Außenseiter - alle oder diejenigen, die gar keiner Gewerkschaft angehören - schlechter behandelt werden als die dem Tarifvertrag unterworfenen organisierten Arbeitnehmer.

Für diejenigen Formen der Tarifausschlußklausel, die eine Schlechterstellung der Außenseiter in den materiellen Arbeitsbedingungen erstreben, also insbesondere die Abstandsklausel, bedarf dies keines Beweises. Es ist ohne weiteres klar, daß in der Zahlung niedrigeren Lohnes, in der Gewährung kürzeren Urlaubs usw. eine Benachteiligung liegt. Nicht ohne weiteres ersichtlich ist hingegen, worin bei der Bezugnahme - und der AVE-Klausel die Benachteiligung zu sehen ist.

Für die Bezugnahmeklausel ergibt sich der Nachweis einer Schlechterstellung der Außenseiter aus folgender Überlegung: Durch den Abschluß von Tarifverträgen ist der organisierte Arbeitnehmer der Mühe enthoben, von sich aus mit dem Arbeitgeber immer wieder von Neuem, in verhältnismäßig kurzen Zeitabständen, eine Verbesserung seiner Arbeitsbedingungen auszuhandeln. Er schließt den Arbeitsvertrag, den Inhalt regelt weitgehend der Tarifvertrag ohne Zutun des Arbeitnehmers - sicher ein beachtlicher Vorteil, der ihm so durch die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft zuteil wird. Der Außenseiter kann sich durch Bezugnahme in seinem Arbeitsvertrag eine praktisch ähnliche Lage schaffen, so daß er, von der Tarifgebundenheit freilich abgesehen, den organisierten Arbeitnehmern fast gleichsteht. Wird ihm nun die Möglichkeit der Bezugnahme entzogen, so wird er insoweit schlechter gestellt als die organisierten Arbeitnehmer. Dies trifft in gleicher Weise zu, ob ihm nun ausschließlich die Möglichkeit, auf den Tarifvertrag Bezug zu nehmen, entzogen wird oder auch die Möglichkeit der Bezugnahme auf die in dem Betrieb allgemein gewährten Arbeitsbedingungen.

Auch die AVE-Klausel benachteiligt den Außenseiter. Sie geht davon aus, daß der Tarifvertrag den ihm unterworfenen Arbeitnehmern einen Vorteil bringt, den die Außenseiter nicht ohne weiteres genießen, und sei es praktisch vielfach nur der Vorteil, daß sich die Mitglieder der Gewerkschaft nicht selbst um eine Verbesserung ihrer Arbeitsbedingungen zu bemühen haben. Die Allgemeinverbindlicherklärung wäre, mehr noch als die Bezugnahme, da sie auch die Tarifbindung auf die Außenseiter erstreckte, geeignet, diesen Vorsprung der organisierten Arbeitnehmer abzubauen. So wirkt die AVE-Klausel im Sinne einer Bewahrung an sich bestehender Unterschiede, soweit diese nicht schon durch die Möglichkeit der Bezugnahme weitgehend beseitigt sind.

II. Die Tarifausschlußklausel erstrebt also in jeder ihrer denkbaren Formen eine Ungleichbehandlung. Es ist denkbar, daß hierin ein Verstoß gegen den verfassungsmäßigen Gleichheitssatz, Art. 3 GG, oder gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zu sehen ist.

1. Das Hauptproblem im Zusammenhang mit dem Gleichheitssatz ist wiederum die Drittwirkung. Nur, wenn sie zu bejahen ist, kann Art. 3 auf die Tarifausschlußklausel als eine Vereinbarung, die dem Privatrecht angehört, Anwendung finden.

Überwiegend wird eine Drittwirkung des Art. 3 GG verneint. 91) Dem ist schon auf Grund der Ausführungen zur Drittwirkung des Art. 9 Abs. 3 92) zuzustimmen. Ihnen ist hinzuzufügen, daß wohl bei keinem anderen Grundrecht die Bejahung der Drittwirkung so tiefgreifende Folgen für die Privatrechtsordnung hätte wie gerade beim Gleichheitssatz. Das private Schuldrecht, zu dem auch der überwiegende Teil des Arbeitsrechtes zu rechnen ist, ruht überhaupt auf dem Grundsatz der freien Gestaltung der Rechtsverhältnisse. So träfe man die bestehende Privatrechtsordnung an ihrer Wurzel, wollte man annehmen, daß privates Handeln in jedem Falle an den grundgesetzlichen Gleichheitssatz gebunden sei. Hierdurch würde so tief in die bestehende Rechtsordnung eingegriffen, daß es kaum vorstellbar ist, der Grundgesetzgeber habe dies zwar gewollt, aber nicht ausdrücklich auch erklärt. Es ist auch nicht denkbar, die Drittwirkung des Gleichheitssatzes dadurch abzuschwächen, daß man sie auf bestimmte Rechtsgebiete, etwa das Arbeitsrecht oder Ausschnitte davon, einschränkt, wo-

91) so etwa A. Hueck, Die Bedeutung des Art. 3 GG, S. 27; ders. bei Hueck-Nipperdey I, S. 418 f.; G. Hueck, S. 98 ff. (freilich Geltung als "Richtschnur" für privates Handeln bejaht, S. 105); Ipsen bei Neumann-Nipperdey-Scheuner, S. 143 f.; Klein, Rechtsgutachten, S. 31 f.; v. Mangoldt-Klein, Art. 3 Anm. V 4 und IV 9

a.M. Beitzke, S. 212 (für Art. 3 Abs. 2); Frey, Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, S. 6; Nipperdey, RdA 50, 125; ferner das BAG in BAGE 1, 260 ff. (dazu, daß aus dieser Entscheidung das Bekenntnis zur Drittwirkung zu entnehmen ist, vgl. Dietz, Rechtsgutachten, S. 6) und in BAGE 11, 340 ff., wo es um einen Fall echter Drittwirkung geht; im Gegensatz zu den dort angeführten Entscheidungen (BAGE 1, 258; 1, 348; 4, 240; 4, 125) geht es nicht um die Geltung des Art. 3 für Tarifverträge, sondern um eine nicht normative, vom Arbeitgeber selbst aufgestellte, betriebliche Ordnung.

92) S. 20

von das Bundesarbeitsgericht, wenn es die Drittwirkung bejaht, vielleicht stillschweigend ausgeht. Man kann die Drittwirkung eines Grundrechts nur entweder überhaupt bejahen oder gar nicht. Legt man sie aber in vollem Umfange der Beurteilung privaten Handelns zugrunde, so führt dies eben zu einer sehr weitgehenden Aushöhlung des privaten Schuldrechts, die der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. Daß eine Drittwirkung des Gleichheitssatzes nicht angenommen werden kann, wird insbesondere dadurch nahegelegt, daß auch die Freiheit in der Gestaltung der Rechtsverhältnisse, insbesondere die Vertragsfreiheit, den Schutz des Grundgesetzes genießt, indem sie in der allgemeinen Freiheit des Art. 2 Abs. 1 mitenthalten ist. 93) "Die primäre Entscheidung des Grundgesetzes für ein gegen den Staat gerichtetes generelles Freiheitsrecht (Art. 2 Abs. 1), das auch Vorrang vor Art. 3 hat, umschließt begrifflich auch die Freiheit dem Staat gegenüber, von ihm ungehindert in der unter gleichgeordneten Privaten bestehenden Verkehrs- und Tauschgerechtigkeit des Zivilrechts von Grundrechts-sätzen, die für staatliches Handeln unabdingbar sind, abweichen zu können." 94)

Die Drittwirkung des grundgesetzlichen Gleichheitssatzes ist somit zu verneinen; Art. 3 GG ist schon aus diesem Grunde nicht in der Lage, die Nichtigkeit der Tarifausschlußklausel herbeizuführen.

2. Das Problem der Drittwirkung besteht nicht beim arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, der von vornherein dem Privatrecht angehört und seinen Ausdruck insbesondere auch in den §§ 51 BetrVG und 56 PersVG findet.

a. Der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt, beschränkt jeweils auf den Bereich eines Betriebes 95), in erster Linie für Maßnahmen des Arbeitgebers und aller, die in seinem Namen handeln. Er bindet aber wohl auch alle anderen, die im Betriebe unmittelbare Macht über die Arbeitnehmer als solche ausüben können. Demgemäß hat er unmittelbare Geltung für den Betriebsrat in Fragen der Mitbestimmung (im übrigen hat der Betriebsrat über die Durchführung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu wachen, § 51 BetrVG; für den Personalrat vgl. § 56 PersVG). Schließlich bindet er die Verbände, soweit sie durch den Abschluß normativer Regelungen unmittelbar in die Arbeitsverhältnisse der organisierten Arbeitnehmereingreifen, nicht aber im übrigen, da sie in anderer Weise nicht unmittelbar rechtsgestaltend in den Betrieb hineinzuwirken vermögen. Wie weit obligatorische Tarifvertragsbestimmungen wegen Verstoßes gegen den Gleichbe-

93) für den Schutz der Vertragsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 das BAG, AP Nr. 32 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; A. Hueck bei Hueck-Nipperdey I, S. 419

94) Dürig in Festschrift für Nawiasky, S. 158 f.

95) völlig h.M.; vgl. G. Hueck, S. 64

handlungsgrundsatz nichtig sein können, ist daher fraglich.

Nach der Ansicht des Reichsgerichts 96) ist nicht nur ein solches Rechtsgeschäft nichtig, das selbst gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, sondern auch ein solches, das auf etwas Verbotenes gerichtet ist. Dem ist zuzustimmen; denn es wäre in der Tat nicht sinnvoll, ein Rechtsgeschäft auch dann für gültig zu halten, wenn es sich wegen der Unzulässigkeit des Zieles, auf das es gerichtet ist, gar nicht verwirklichen läßt.

Aus dieser Ansicht ergibt sich folgendes: Nichtig ist eine tarifvertragliche Klausel, die einen Arbeitgeber unmittelbar (beim Firmen- oder Werkstarif) oder (beim Verbandstarif) über die Verbandsgewalt zur Ungleichbehandlung seiner Arbeitnehmer verpflichtet, sofern er selbst insoweit dem Gleichbehandlungsgrundsatz unterworfen ist und es sich um eine unzulässige Differenzierung handelt. Wirksam ist dagegen eine Verpflichtung des Arbeitgeberverbandes, sofern sie nur ihn selbst und nicht auch seine Mitglieder angeht (Fall der AVE-Klausel 97), da er dem Gleichbehandlungsgrundsatz nur beim Abschluß normativer Regelungen unterworfen ist, sowie die Verpflichtung eines Arbeitgebers in einem Verbands-, einem Firmen- oder einem Werkstarif, sofern auch der Arbeitgeber nicht an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden ist.

b. Der Arbeitgeber ist nach fast völlig herrschender Ansicht 98) immer dann nicht an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden, wenn es um vertragliche Vereinbarungen geht. Die Vertragsfreiheit 99) wird durch den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nicht berührt.

96) LZ 31, 1060, angeführt bei Palandt, 20. Aufl. § 309, Anm. 1; ebenso Danckelmann bei Palandt, § 306, Anm. 1, und § 309, Anm. 1

97) vgl. unten S. 47

98) Böttcher, S. 14; Dietz, BetrVG, § 51, Anm. 12; ders., Pers.VG, § 56, Anm. 25; ders., Freiheit und Bindung im kollektiven Arbeitsrecht, S. 22; Frey, Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, S. 18; ders., AuR 60, 172; Galperin-Siebert, § 51, Anm. 5; Görner, RdA 62, 219 ff.; Gumpert, BB 59, 708; A. Hueck, Die Bedeutung des Art. 3 GG, S. 35; A. Hueck bei Hueck-Nipperdey I, S. 386, 388; G. Hueck, S. 250 ff., 261; Molitor, zu AR-Blattei, Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis, Entsch. 1; ders., RdA 52, 129; Nikisch I, S. 432; ders., BB 54, 810; Raiser, SJZ 59, 422; vgl. auch Schmidt-Rimpler, S. 8

BGH, BB 54, 442; LAG Bremen, DB 52, 416; LAG Düsseldorf; DB 53, 236; DB 53, 1036; BB 55, 608; BB 60, 1245; LAG Frankfurt, DB 56, 48; LAG Hamburg, DB 51, 900

Zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vgl. die folgenden Anmerkungen!

99) Etwas anderes gilt für die privatrechtliche Gestaltungsfreiheit; vgl. G. Hueck, S. 250 f.

Hier ist jedoch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu berücksichtigen, die eine nicht unwesentliche Einschränkung bringt. Schon in seinem Urteil vom 25.4.1959 100) hatte das Bundesarbeitsgericht ausgesprochen, daß der Arbeitgeber einen einzelnen Arbeitnehmer nicht ohne sachlichen Grund ausnehmen dürfe, wenn er einer den gesamten Bereich des öffentlichen und privaten Arbeitslebens erfassenden starken Lohnwelle bei der Mehrzahl seiner eigenen Arbeitnehmer durch Gewährung erheblicher Lohnerhöhungen Rechnung trägt. Diese Entscheidung, die sich auf die §§ 157 und 242 BGB gründet, konnte so ausgelegt werden, als handelte es sich nur um die Auslegung der bestehenden Arbeitsverträge. G. HUECK hat hingegen in seiner Anmerkung zu diesem Urteil schon damals die Ansicht vertreten, es handle sich um eine echte Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. 101) Einschränkung äußerte sich freilich MÜLLER 102), damals Präsident des 2. Senats, der das Urteil gefällt hat. Auch GÖRNER 103) nahm an, daß das Urteil keinen Einbruch in die Vertragsfreiheit bedeute; es sei vielmehr immer noch im Einzelfall zu prüfen, "ob es sich nicht eigentlich um die Änderung gegenseitiger Verträge handelt, welche mangels tariflicher oder betrieblicher Festlegung rechtswirksam nur im Wege einer Einzelvereinbarung bei voller Wahrung der Vertragsfreiheit vorgenommen werden kann, bei der also dem einzelnen Arbeitnehmer nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte kein Anspruch darauf zusteht, daß diese Vertragsänderung in einer von vornherein bestimmten Weise, nämlich nach Maßgabe eines Vergleichs mit den bei vergleichbaren Arbeitnehmern im allgemeinen vereinbarten Vertragsänderungen, vorgenommen wird".

Inzwischen ist eine Entscheidung des 1. Senats des Bundesarbeitsgerichts ergangen, die die Ansicht von G. Hueck zu bestätigen scheint. 104) Darin ist zwar, wie schon in einer kurz vorher gefällten Entscheidung des 4. Senats 105), der Vorrang der Vertragsfreiheit vor dem Gleichbehandlungsgrundsatz ausdrücklich ausgesprochen. Indessen macht das Gericht folgende wesentliche Einschränkung: "Erstrebt der Arbeitgeber die Änderung der für eine größere Arbeitnehmergruppe einheitlich geltenden Regelung eines übertariflichen Lohnzuschlags im Wege der einverständlichen Vertragsänderung, dann ist er gehalten, allen unter die

100) AP Nr. 15 zu § 242 BGB Gleichbehandlung

101) AP a.a.O.

102) DB 60, 323

103) RdA 62, 223

104) Urt. vom 4.5.62, AP Nr. 32 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = BAGE 13, 103

105) Urt. vom 28.2.62, AP Nr. 31 a.a.O. = BAGE 12, 294

Regelung fallenden Arbeitnehmern das gleiche Angebot zu machen." 106) Damit ist gesagt, daß bei Änderungen der Arbeitsbedingungen der Arbeitgeber keine volle Vertragsfreiheit genießt, sondern eben, da er eine bestehende einheitliche Ordnung durch eine andere ebenso einheitliche Ordnung ersetzt und somit im betriebllich-kollektiven Bereich handelt 107), in seinen Angeboten sich an den Gleichbehandlungsgrundsatz zu halten hat.

c. Diese Rechtsprechung ist von entscheidender Bedeutung für die allgemeine Tarifausschlußklausel 108), wenn man von der AVE-Klausel einmal abieht. Es ist zwar mehr oder weniger selbstverständlich, daß ein Arbeitgeber auch im Rahmen des Gleichbehandlungsgrundsatzes die tarifgebundenen und die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer entsprechend dem Tarifvertrag unterschiedlich behandeln darf und daß ein Anspruch der Außenseiter, den tarifgebundenen Arbeitnehmern in den Arbeitsbedingungen gleichgestellt zu werden, nicht über den Gleichbehandlungsgrundsatz begründet werden kann 109), so daß eine beschränkte Tarifausschlußklausel den Gleichbehandlungsgrundsatz keineswegs verletzt. Doch hält sich die allgemeine Tarifausschlußklausel eben nicht an diese Grenzziehung, sondern sie will die Grenze zwischen der Gruppe der in den Genuß der tariflichen Arbeitsbedingungen kommenden Arbeitnehmer und denen, die davon ausgeschlossen sein sollen, durch die Gruppe der nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer hindurch ziehen; ein Teil der Tarifaußenseiter soll die tariflichen Arbeitsbedingungen erhalten; allen nichtorganisierten Arbeitnehmern sollen sie vorenthalten werden. Folgt man der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, so kann dies nicht als zulässig angesehen werden, es sei denn, daß die Differenzierung zwischen organisierten und nichtorganisierten Arbeitnehmern als "sachlich" im Sinne des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu gelten hat (was abzulehnen ist, da eine Differenzierung in der Regel nur dann als sachlich wird angesehen werden können, wenn sie sich entweder an der Leistung 110) oder an der Arbeit des Arbeitnehmers, ausnahmsweise vielleicht auch an sozialen Gesichtspunkten, orientiert, und da nichts von dem mit der Unterscheidung zwischen Organisierten und Nichtorganisierten zusammenfällt). Der Arbeitgeber ersetzt in dem Falle, den die allgemeine Tarifausschlußklausel treffen will, auch außerhalb des Bereichs der tarifgebundenen

106) 2. Leitsatz

107) G.Hueck, Anm. zu AP Nr. 32 zu § 242 BGB Gleichbeh.

108) Begriff s.S.11

109) vgl. dazu insbes. Frey, Gleichbehandlung bei geldlichen Ansprüchen, S. 115 ff.

110) vgl. dazu insbes. Dietz, Rechtsgutachten, S. 10 und 17

Arbeitnehmer eine bis dahin bestehende Ordnung durch eine neue. Er muß deshalb den organisierten und den nichtorganisierten Tarifaußenseitern gleiche Angebote machen. Tut er dies nicht, so verstößt er gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, und folglich ist nach dem, was auf S. 44 ausgeführt wurde, auch eine vertragliche Bestimmung rechtswidrig, und somit nichtig, die ihn zu einem solchen Verhalten verpflichtet.

Dies trifft zunächst auf alle Formen der Tarifausschlußklausel zu, die auf einen Ausschluß der materiellen Arbeitsbedingungen zielen, insbesondere auf die A b s t a n d s k l a u s e l, sodann aber auch auf die B e z u g n a h m e k l a u s e l, da man auch in der Möglichkeit, auf einen Tarifvertrag oder auf die in einem Betriebe allgemein gewährten Arbeitsbedingungen Bezug zu nehmen, eine Arbeitsbedingung, hier formeller Art, zu sehen hat. Unzulässig unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgrundsatzes sind alle diese Formen der Tarifausschlußklausel, sofern sie in ihrer Grundstruktur als a l l g e m e i n e Tarifausschlußklauseln anzusehen sind. Als b e s c h r ä n k t e Tarifausschlußklauseln sind sie z u l ä s s i g.

d. Zu entscheiden bleibt noch über die Zulässigkeit der A V E - K l a u s e l. Hier ergibt sich die Lösung aus einem anderen Gesichtspunkt als bei den übrigen Formen der Tarifausschlußklausel. Die AVE-Klausel verpflichtet den Arbeitgeberverband oder, beim Firmen- oder Werkstarif, den Arbeitgeber zu einem Verhalten, das nicht unmittelbar gestaltend auf die Arbeitsverhältnisse einwirkt, folglich dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht unterworfen ist; unmittelbar auf die Arbeitsverhältnisse würde erst die Allgemeinverbindlicheklärung selbst wirken, nicht aber schon der auf sie gerichtete Antrag. Deshalb findet der Gleichbehandlungsgrundsatz auf die AVE-Klausel keine Anwendung. Diese ist folglich unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgrundsatzes als z u l ä s s i g anzusehen.

ZUSAMMENFASSUNG

1. Der Tarifausschlußklausel kommt keine normative Wirkung zu; sie wirkt in allen ihren Formen nur verpflichtend.
2. Sie ist nicht imstande, den in § 3 Abs. 2 TVG festgelegten Geltungsbereich der Solidarnormen zu beschränken.
3. Eine Gewerkschaft überschreitet durch eine Vereinbarung wie die Tarifausschlußklausel, obwohl diese sich auf die Außenseiter bezieht, nicht den Bereich ihrer rechtlichen Handlungsfähigkeit (Problem des ultra-vires-Handelns). Die Tarifausschlußklausel kann daher nicht aus diesem Grunde nichtig sein.
4. Das Grundgesetz schützt in Art. 9 Abs. 3 sowohl die positive wie die negative Koalitionsfreiheit. Die Unterscheidung zwischen allgemeiner und beschränkter Tarifausschlußklausel ist daher im Bereich der Koalitionsfreiheit ohne rechtliche Folgen.

Die Tarifausschlußklausel ist zulässig, soweit sie nur ausschließt, daß der Tarifvertrag unmittelbar ursächlich für eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen der Außenseiter werde. Zulässig ist es demgemäß, für die organisierten Arbeitnehmer besondere Kassen, wie etwa eine Urlaubs- oder eine Pensionskasse, einzuführen und damit die Bestimmung zu verbinden, daß Außenseiter nicht davon sollen profitieren dürfen. Unzulässig ist dagegen eine Tarifausschlußklausel, die über den Ausschluß solcher Ursächlichkeit hinausgehend den Außenseiter auch der Möglichkeit beraubt, im einzelvertraglichen Aushandeln sich Arbeitsbedingungen zu sichern, die den tariflichen entsprechen. Dies betrifft insbesondere den Fall der Abstandsklausel.

Die Bezugnahmeklausel ist zulässig, soweit sie die Bezugnahme auf den Tarifvertrag ausschließt. Dies gilt auch hinsichtlich der Bezugnahme auf die in dem Betriebe allgemein gewährten Arbeitsbedingungen bei einer allgemeinen Verbesserung der Arbeitsbedingungen im Rahmen bereits bestehender Arbeitsverhältnisse, da in diesem Falle rechtlich eine Bezugnahme auf den Tarifvertrag vorliegt. Unzulässig ist die Bezugnahmeklausel, wenn sie die Bezugnahme auf die in dem Betriebe allgemein geltenden Arbeitsbedingungen auch für den Fall der Neueinstellung eines Arbeitnehmers ausschließen will; in diesem Falle handelt es sich auch nicht mittelbar um Bezugnahme auf den Tarifvertrag.

Die AVE-Klausel ist in jedem Falle zulässig.

5. Die Tarifausschlußklausel verletzt nicht das Grundrecht der freien Arbeitsplatzwahl (Art. 12 Abs. 1 GG).

6. Ebenso wenig verletzt sie das Grundrecht der freien Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 GG).

7. Die Tarifausschlußklausel verstößt nicht gegen Art. 3 GG, da diesem keine Drittwirkung zukommt.

Hingegen verletzt sie, mit Ausnahme der AVE-Klausel, in ihrer allgemeinen Form den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz und ist insoweit daher unzulässig. Sie verstößt nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz in ihrer beschränkten Form.

Stets zulässig ist die AVE-Klausel.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 6. November 1936 in Günzburg an der Donau als Sohn des damaligen Prokuristen und späteren Fabrikanten Dr. Hermann Zeiler und seiner Frau Gertrud, geb. Wimmer, geboren.

Von 1942 bis 1946 besuchte ich die Volksschule in meinem Heimatort Offingen an der Donau, anschließend, bis zur Reifeprüfung im Sommer 1954, das humanistische Gymnasium in Günzburg. Nach einer kurzen kaufmännischen Lehre begann ich im Sommer 1955 das Studium des Rechts. Zwei Semester studierte ich in Frankfurt am Main, eines in Lausanne, die letzten sechs schließlich in München, wo ich am 18. Januar 1960 die erste juristische Staatsprüfung bestand.

Ich war dann Referendar am Amtsgericht Günzburg, schied jedoch, da sich eine Änderung meines Ausbildungsplanes als notwendig erwiesen hatte, auf eigenen Wunsch schon nach vier Monaten wieder aus dem Dienst.

Seitdem widmete ich mich abwechselnd meiner Dissertation und, mit erheblich zunehmendem Zeitaufwand, einzelnen Aufgaben im Dienste des väterlichen Unternehmens. Zwei längere Auslandsaufenthalte dienten, wie schon andere in früheren Jahren, der Erweiterung meiner Sprachkenntnisse.

